

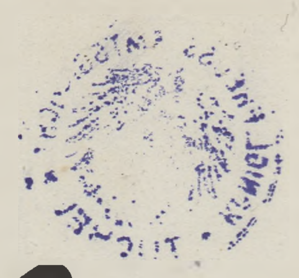
A 82.







Das Bürgerliche Gesetzbuch



BGB

Kommentar von Reichsgerichtsräten



U. E. Sebald
Nürnberg und Leipzig



Das

Bürgerliche Gesetzbuch

mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung
des Reichsgerichts

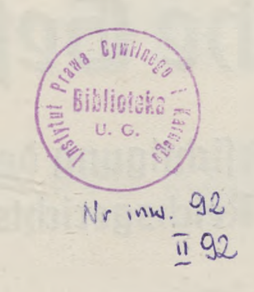
erläutert von

Georg Hoffmann, Brückner, Erler,
Burlage, Busch, Dr. Ebbecke, Kiehl, Schaffeld und Schmitt
Reichsgerichtsräte

II. Band

Familienrecht. Erbrecht.

W. E. Sebald
Nürnberg und Leipzig



Nr inw. 92
II 92

Gedruckt bei
U. E. Sebald, Kgl. Bayer. Hofbuchdruckerei, Nürnberg.

PA 27221





505

Viertes Buch

Familienrecht

1. Familie und Familienrecht. Grundlage der Familie ist die Ehe. Mann und Frau, miteinander durch das Band der Ehe verknüpft, sind als Stammeltern mit ihren Abkömmlingen, und diese unter sich durch das Band der Verwandtschaft verbunden. Die Glieder eines solchen Verbandes bilden eine Familie. Das Familienrecht ist Gegenstand des 4. Buches, das im 1. Abschnitte die Ehe, im 2. die Verwandtschaft und im 3. die dem Familienrechte nahestehende Vormundschaft regelt. Die Rechtssätze über Entstehung, Wirkung und Endigung familienrechtlicher Verhältnisse wurzeln meist in Rücksichten auf das öffentliche Wohl und in sittlichen Anschauungen. Sie sind — wenngleich nicht öffentliches Recht — regelmäßig der willkürlichen Abänderung durch den einzelnen entzogen und bilden für ihn eine zwingende Richtschnur (z. B. die Form der Eheschließung, die umgrenzten Tatbestände der Ehehindernisse, Nichtigkeits- und Scheidungsgründe, das Eltern- und Kindesverhältnis).

2. Familienrechtliche Klagen. Die aus dem Familienverband entspringenden Rechte beanspruchen nicht nur von den familienrechtlich Verbundenen, sondern auch von Unbeteiligten unbedingte Anerkennung und können gegen letztere im Bestreitungsfalle mit einer Klage auf Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines gewissen familienrechtlichen Verhältnisses zur Geltung gebracht werden (z. B. Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe, des Bestehens der elterlichen Gewalt, der Ehelichkeit eines Kindes, §§ 606, 632, 640 ZPO). Während mit solchen Klagen das Bestehen oder Nichtbestehen eines Zustandes zur Anerkennung gebracht wird (Zustandsklagen) — und zwar regelmäßig mit Wirkung gegen alle (§§ 629, 643 ZPO) — werden die durch das Bestehen des Zustandes begründeten Ansprüche gegen bestimmte Verpflichtete (z. B. der Anspruch des Mannes gegen die Frau auf Herausgabe eingebrachten Gutes, § 1373, der Anspruch der Frau gegen den Mann, oder des Kindes gegen den Vater auf Gewährung von Unterhalt, §§ 1360, 1601, der Anspruch der Tochter gegen den Vater auf Gewährung einer Aussteuer, § 1620) mit den entsprechenden Leistungsklagen, bezw. der Feststellungsklage aus § 256 ZPO verfolgt und die darauf ergehenden Urteile schaffen nur unter den Parteien Recht. Soweit die aus dem festgestellten Zustande hervorgehenden Berechtigungen sittlicher Natur sind (z. B. das Recht der Ehegatten auf Geschlechtsgemeinschaft, das Recht des Kindes gegen die Eltern auf Erziehung), können sie im Rechtswege zwar nicht erzwungen werden, aber der Zuwiderhandelnde kann sich durch ihre schuldbare Verletzung andere Rechtsnachteile zuziehen.

3. Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften. Die im allgemeinen Teile und im Rechte der Schuldverhältnisse erteilten Vorschriften finden grundsätzlich auch auf das Familienrecht Anwendung. Letzteres ist nicht derartig vollständig geordnet und in sich abgeschlossen, daß alle Fragen ausschließlich nach dem Inhalte des 4. Buches beantwortet werden könnten. Ein Zurückgreifen auf die allgemeinen Vorschriften erscheint daher gestattet, unter Umständen sogar geboten. Allerdings gibt es im Gebiete des Familienrechts Verhältnisse, die wegen ihres inneren Zusammenhanges mit sittlichen Anschauungen oder aus andern Gründen eine Anwendung jener Vorschriften, die in erster Reihe auf vermögensrechtliche Verhältnisse berechnet sind, nicht dulden, allein diesem Umstande hat schon das Gesetz selbst vielfach durch Aufstellung besonderer Vorschriften Rechnung getragen. Wo dies der Fall ist, gelten die besonderen Vorschriften ausschließlich. So ordnet das 4. Buch z. B. in den §§ 1332, 1333 die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums unter Ausschließung des § 119 (Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums). In manchen Fällen ist es von den Verfassern des BGB sogar ausdrücklich als eine offene Frage hingestellt worden, ob die allgemeinen Bestimmungen sinnentsprechend anzuwenden seien (z. B. die Bestimmung über Rechtsgeschäfte auf die Verzeihung im Falle des § 1570; M 4, 603).

Erster Abschnitt
Bürgerliche Ehe

Erster Titel
Verlöbnis

§ 1297

Aus einem Verlöbnisse[1]) kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden[2]).

Das Versprechen einer Strafe für den Fall, daß die Eingehung der Ehe unterbleibt, ist nichtig.

E I 1227 II 1203 M 4, 1 ff. P 4, 1, 9.

1. **Verlöbnis.** Die Ansichten über die rechtliche Natur des Verlöbnisses (ob Vertrag, Vorvertrag oder tatsächlicher Vorgang) sind geteilt. Das Reichsgericht erblickt in der Verlobung als einem von Mann und Frau wechselseitig gegebenen und angenommenen Eheversprechen einen Vertrag und in dem durch die Verlobung begründeten Verhältnis ein Vertragsverhältnis (RG 61, 267; RG JW 06, 9[3]). Das Gesetz versteht unter Verlöbnis sowohl die Verlobungshandlung als auch das durch sie begründete familienrechtliche Verhältnis. Als Vertrag untersteht das Verlöbnis den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere den Bestimmungen über die beschränkte Geschäftsfähigkeit Minderjähriger in den §§ 106 ff. Ein Minderjähriger bedarf nach § 107 zum Abschluß eines Verlöbnisses der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Die Wirksamkeit eines von einem Minderjährigen ohne die erforderliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters eingegangenen Verlöbnisses hängt nach § 108 Abs 1 von der Genehmigung des Vertreters ab. Die Verweigerung der Genehmigung hat zur Folge, daß das Verlöbnis als von Anfang an unwirksam gilt, und unterliegt nicht dem Widerrufe. Wird das Verlöbnis erneuert, so kann es vom gesetzlichen Vertreter trotz vorangegangener Verweigerung genehmigt werden. Genehmigung des Verlöbnisses durch den Minderjährigen nach erlangter Volljährigkeit hat, sofern der andere Teil nicht vorher zurückgetreten ist, zur Folge, daß das Verlöbnis als von Anfang an wirksam gilt (RG JW 06, 9[3]). Ein Verlöbnis, das im Zustande der Geschäftsunfähigkeit (§ 104) oder Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit eingegangen wird (§ 105 Abs 2), ist nichtig. Ehemündigkeit (§ 1303) setzt das Verlöbnis nicht voraus, vielmehr ist es zulässig, daß ein Eheunmündiger mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters die Ehe für den ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzten Fall der Erlangung der Ehemündigkeit verspricht. Das Verlöbnis ist an keine besondere Form gebunden. Ehehindernisse stehen nicht unbedingt dem Abschluß eines Verlöbnisses entgegen, vielmehr kommt es darauf an, ob die Verlobten vernünftigerweise auf die Beseitigung des Ehehindernisses rechnen können, ohne gegen Gesetze oder gute Sitten zu verstoßen. Vgl. RGSt JW 09, 519[24]. — Eine Eheberedung zwischen dem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und demjenigen, mit dem er die Ehe gebrochen hat, verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn sie nach der Scheidung und im Hinblick auf die erhoffte Befreiung von dem Eheverbote des § 1312 erfolgt ist (RGSt 40, 420). Ein Abkommen der Verlobten über Einschränkung der Kinderzahl verstößt dann nicht gegen die guten Sitten und macht das Verlöbnis nicht nichtig, wenn die Braut wegen eines Unterleibsleidens Ursache hat, die mit der Niederkunft verbundenen Gefahren zu fürchten (RG JW 08, 28[3]). Das Dasein eines Verlöbnisses ist nicht davon abhängig, daß das der Eheschließung folgende eheliche Leben einen längeren Zeitraum umfassen solle; die Abrede der Verlobten, gemeinsam in den Tod zu gehen, bewirkt nicht die Ungültigkeit des Verlöbnisses (RG JW 05, 288[12]).

2. Das Verlöbnis begründet zwar **keine klagbare, wohl aber eine dringende sittliche Verpflichtung zur Eingehung der Ehe,** auch knüpfen sich an den Bruch des Verlöbnisses rechtliche Folgen (§§ 1298—1301). — Im Gebiete des Erbrechts findet das Verlöbnis besondere Berücksichtigung in §§ 2275, 2276, 2290 (Erbvertrag), §§ 2347, 2351, 2352 (Erbverzicht), §§ 2077, 2279 (letztwillige Verfügung).

§ 1298

[1])Tritt ein Verlobter von dem Verlöbnisse[2]) zurück[3]), so hat er dem andern Verlobten und dessen Eltern sowie dritten Personen, welche an Stelle

der Eltern gehandelt haben, den Schaden zu ersetzen, der daraus entstanden ist, daß sie in Erwartung der Ehe[4]) Aufwendungen[5]) gemacht haben oder Verbindlichkeiten eingegangen sind. Dem andern Verlobten hat er auch den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er in Erwartung der Ehe sonstige sein Vermögen oder seine Erwerbsstellung berührende Maßnahmen[6]) getroffen hat.

Der Schaden ist nur insoweit zu ersetzen, als die Aufwendungen, die Eingehung der Verbindlichkeiten und die sonstigen Maßnahmen den Umständen nach angemessen waren.

Die Ersatzpflicht tritt nicht ein[7]), wenn ein wichtiger Grund[8]) für den Rücktritt vorliegt[9]).

E I 1228 Abs 1 II 1204 M 4, 3 ff. P 4, 3 ff., 9.

1. Die im § 1298 bestimmte **Schadensersatzpflicht des zurücktretenden Verlobten** stellt sich lediglich als eine Forderung der Billigkeit dar. Sie steht nicht unter dem Gesichtspunkte der Strafe für ungerechtfertigten Verlöbnisbruch. Diese Auffassung wäre schon mit der Bestimmung im § 1297 Abs 2 unvereinbar. Die Schadensersatzpflicht stellt auch nicht eine Abfindung für Vorteile dar, die dem andern Teile aus der Eheschließung erwachsen wären. Das Gesetz will jeden unmittelbaren und mittelbaren Zwang zur Aufrechterhaltung eines Verlöbnisses und Eingehung der Ehe durch Bedrohung mit Vermögensnachteilen vermeiden, weil ein derartiger Zwang mit dem Wesen der Ehe unverträglich ist.

2. Vorausgesetzt wird ein rechtswirksames Verlöbnis (§ 1297 A 1).

3. Der **Rücktritt** vom Verlöbnisse kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden und wirkt erst, wenn er dem andern Teile bekannt geworden ist. Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Verlobte bedarf dazu nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Durch den Rücktritt wird das Verlöbnis unbedingt gelöst und auch ein ungerechtfertigter Rücktritt hat nicht zur Folge, daß die Verpflichtungen aus dem Verlöbnisse noch fortdauern, sondern zieht nur die Schadensersatzpflicht aus § 1298 nach sich (**RG** 18. 4. 07 IV 459/06).

4. In Erwartung der Ehe sind die fraglichen Handlungen vorgenommen, wenn sie wesentlich mit Rücksicht auf die in Aussicht genommene Ehe vorgenommen worden sind, also vernünftigerweise unterlassen wären, falls der Handelnde den Verlöbnisbruch vorausgesehen hätte (**RG** JW 03, Beil 144[316]).

5. Aufwendungen, z. B. die Gewährung einer Aussteuer (§ 1620) oder einer Ausstattung (§ 1624).

6. Schadensersatz, z. B. wenn ein Verlobter eine Anstellung oder einen Beruf aufgibt oder eine ihm während des Brautstandes angebotene Anstellung oder sonst einen vermögensrechtlichen Erwerb ausschlägt. Hierhin gehört auch der Kauf eines Handelsgeschäfts (**RG** JW 03, Beil 144[316]). Nicht zu berücksichtigen ist dagegen die Ablehnung eines Heiratsantrags, der einer Braut während des Verlöbnisses von einem zweiten, vielleicht wohlhabenderen Freier gemacht wird (**RG** JW 02, Beil 259[177]). **Weitergehende Schadensansprüche** als die im § 1298 bezeichneten können nach allgemeinen Grundsätzen begründet sein, z. B. wenn das Verlöbnis in betrügerischer Absicht eingegangen oder gebrochen wurde. — Auch gegen einen Dritten können aus allgemeinen Gründen (§ 826) Ansprüche auf Ersatz der in Erwartung der Ehe gemachten Aufwendungen begründet sein, z. B. gegen den Vater der Braut, wenn er die Einwilligung zur Eheschließung aus nichtigen Gründen zurückzieht (**RG** 58, 255).

7. Beweislast. Die gewählte Fassung deutet an, daß der zurücktretende Teil das Vorhandensein eines wichtigen Grundes für den Rücktritt zu beweisen hat. Dem klagenden Teile liegt der Beweis eines rechtswirksamen Verlöbnisses (§ 1297 A 1), des Rücktritts und des Schadens ob.

8. Ob ein **wichtiger Grund** für den Rücktritt vorliegt, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Der wichtige Grund kann in der Person des Zurücktretender oder in der Person des andern Teiles vorliegen. Nicht erforderlich ist, daß der wichtige Grund durch Verschulden hervorgerufen ist; anders im Falle des § 1299. Die Versagung oder Zurücknahme der Einwilligung des Vaters in die Eheschließung kann, wo sie nach § 1305 erforderlich ist, nicht schlechthin und ein für allemal als wichtiger Grund für den einseitigen Rücktritt einer Tochter vom Verlöbnisse angesehen werden, namentlich dann nicht, wenn die Einwilligung aus verwerflichen und nichtigen Gründen verweigert wird (**RG** 58, 254). Nach **RG** 18. 4. 07 IV 459/06 kann ein erst nach der Zeit der Rücktrittserklärung entstandener Rücktrittsgrund nicht in Betracht kommen. Nach **RG** JW 07, 178[17] ist es unstatthaft, bei Prüfung der Frage, ob ein wichtiger Grund zum Rücktritte von einem rechtsgültig geschlossenen Verlöbnisse gegeben ist, die Grundsätze über Ehescheidung entsprechend anzuwenden. Wie

in derselben Entscheidung ausgeführt, können nachträglich entstandene, nicht leichtfertig hervorgesuchte, ernste Bedenken eines Verlobten gegen wesentliche Eigenschaften des andern Teiles (Morphiumsucht der Braut) einen wichtigen Rücktrittsgrund bilden, doch ist daran festzuhalten, daß die gedachten Bedenken sich auf erhebliche Tatsachen stützen müssen, die nach der in den Gesellschaftskreisen der Brautleute herrschenden Auffassung bei einer sachlichen, die Umstände des einzelnen Falles berücksichtigenden Würdigung geeignet gewesen wären, den andern Teil von der Eingehung des Verlöbnisses abzuhalten. Ein nervöses Leiden der Braut kann ihr, wie **RG** 18. 4. 07 IV 459/06 ausführt, nicht ohne weiteres einen Grund zum Rücktritt geben. Pflicht der Brautleute ist es, derartige aus einer heilbaren Krankheit sich ergebende Hindernisse der Eheschließung zu beseitigen; anders, wenn es sich um ein dauerndes Leiden handelt, das geeignet ist, die nach dem Wesen der Ehe erforderliche geistige Gemeinschaft zu gefährden.

9. Die Ansprüche aus § 1298 sind übertragbar und vererblich.

§ 1299

[1])Veranlaßt ein Verlobter den Rücktritt des andern durch ein Verschulden[2]), das einen wichtigen Grund für den Rücktritt bildet, so ist er nach Maßgabe des § 1298 Abs. 1, 2 zum Schadensersatze verpflichtet.

E I 1228 Abs 2 II 1205 M 4, 5 P 4, 3, 7.

1. Die **schuldbare Veranlassung eines gerechtfertigten Rücktritts** (§ 1299) steht dem ungerechtfertigten einseitigen Rücktritte (§ 1298) hinsichtlich der Schadensersatzpflicht gleich. Andernfalls könnte ein Verlobter, ohne sich den mit einem ungerechtfertigten Rücktritte für ihn verbundenen Nachteilen auszusetzen, es darauf anlegen, durch sein Verhalten den andern Teil zum Rücktritte zu veranlassen. Im übrigen vgl. die Erläuterungen zu § 1298.

2. Der **Beweis** des Verschuldens liegt dem auf Schadensersatz klagenden Teile ob.

§ 1300

[1])Hat eine unbescholtene[2]) Verlobte[3]) ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1298 oder des § 1299 vorliegen, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung[4]) in Geld verlangen.

Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist[5])[6]).

E II 1206 M 4, 912 ff. P 4, 7, 695, 698.

1. Grund der Vorschrift. Der Anspruch aus § 1300 wird der unbescholtenen Braut, die ihrem Bräutigam die Beiwohnung gestattet hat, gewährt, weil sie in Erwartung der Eheschließung hoffen durfte, ihr Fehltritt werde ihr keinen Schaden bringen, diese Hoffnung aber durch den Rücktritt des Bräutigams vereitelt wird und ihre Aussichten auf eine Versorgung zerstört oder wenigstens beeinträchtigt werden (vgl. Prot 4, 698). Zwar findet, wie in der Denkschrift S 679 hervorgehoben ist, die Bestimmung des § 1300 ihre sachliche Begründung in der Lage der Braut, die sich nur im Vertrauen auf die nachfolgende Eheschließung dem Verlobten hingegeben hat. Allein aus dieser Begründung des Gesetzes ist nicht zu entnehmen, daß der Richter in eine Untersuchung der Beweggründe der Braut zu ihrem Verhalten eintreten müßte. Die Annahme, daß eine unbescholtene Braut, wenn sie dem Bräutigam die Beiwohnung gestattet, dies in Erwartung der Eheschließung tut, erscheint so selbstverständlich, daß die Gewährung einer billigen Entschädigung, wie die Fassung der Gesetzesvorschrift ergibt, in dem bloßen Vorgang ihre Rechtfertigung findet (**RG** Warn 08 Nr 418). Der Anspruch aus § 1300 hat lediglich die Tatsache zur Voraussetzung, daß die unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat. Dagegen kommt es nicht auf die Feststellung an, ob sie sich im Hinblick auf die von ihr erwartete Eheschließung oder lediglich in Fortsetzung des schon vor der Verlobung begonnenen Geschlechtsverkehrs dem Verlobten hingegeben hat (**RG** JW 06, 425[10]). Der Anspruch aus dem Verlöbnisbruch ist ein durchaus anderer als der sog. Deflorationsanspruch älteren Rechtes (**RG** 49, 204).

2. Unbescholtenheit ist nicht gleichbedeutend mit Jungfräulichkeit. Unter Unbescholtenheit im Sinne des § 1300 BGB ist ebenso wie im § 182 StGB Unversehrtheit der Geschlechtsehre zu verstehen und zwar gleichmäßig in allen Ständen und Berufsklassen (**RGSt** 32, 437; 35, 46; 37, 94; **RG** JW 06, 65[16]; 08, 304[14]). Anderseits ist im Einzelfalle den Anschauungen und Gepflogenheiten desjenigen Standes, dem die Verlobte angehört, Rechnung zu tragen,

wenn es sich darum handelt, aus ihren Reden und Handlungen Schlüsse auf einen unsittlichen Lebenswandel zu ziehen (RGSt 37, 97; RG JW 06, 65[16]). Daß geschlechtliche Ausschreitungen einer Frauensperson in einem weiteren Kreise bekannt geworden sein müßten, ist zur Annahme der Bescholtenheit nicht erforderlich. Auch diejenige, die nur in engem Kreise oder bei einzelnen Personen „bescholten" ist, kann die Bezeichnung einer unbescholtenen Person nicht für sich in Anspruch nehmen. Regelmäßig wird eine freiwillige Vollziehung des Beischlafs dazu führen müssen, der Frauensperson die Unbescholtenheit abzusprechen, jedoch sind Umstände denkbar, die eine andere Beurteilung rechtfertigen (RG 2. 11. 05 IV 227/05; 15. 2. 06 IV 402/05; RG JW 07, 480[14]). Es ist kein gesetzgeberischer Grund denkbar, dem Mädchen, dem es gelungen ist, im Verborgenen Geschlechtsbeziehungen zu Männern zu unterhalten, hinsichtlich des Gesetzesschutzes eine Vorzugsstellung einzuräumen (RGSt 37, 96 zu § 182 StGB). Allerdings hängt der Begriff der Unbescholtenheit einer Frauensperson im Sinne des § 1300 BGB mit ihrem Rufe zusammen (vgl. namentlich RG 52, 48), aber es genügt, um diesen als geschädigt anzusehen und „Bescholtenheit" anzunehmen, wenn einerseits die tatsächlichen Grundlagen eines makellosen Rufes infolge geschlechtlicher Verfehlung erweislich verloren gegangen und anderseits Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß auch in den Augen Dritter die gute Meinung von dem sittlichen Werte der betreffenden Frauensperson Einbuße erlitten hat (RG PosMSchr 06, 41). In derselben Entscheidung ist die Frage berührt, aber unentschieden gelassen, ob es im Geiste des Gesetzes liegt, daß ein leichter Fehltritt eines sonst unbescholtenen Mädchens nachträglich durch sittlich einwandfreies Verhalten gleichsam gesühnt und der verloren gegangene gute Ruf wiederhergestellt werden kann. M. E. ist die Frage zu verneinen, da ein geschlechtlicher Fehltritt nicht ungeschehen gemacht werden kann. — Wer ein bis dahin unschuldig gewesenes Mädchen zum außerehelichen Beischlafe verführt hat, kann sich einer Klage aus § 1300 gegenüber nicht auf diesen von ihm selbst verschuldeten Hergang zum Beweise der Bescholtenheit berufen. Der Grund dafür liegt in der Arglist, der solche Verteidigung entspringt (RG 52, 46; RG JW 05, 288[12]). Die Geltendmachung der Bescholtenheit wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Braut dem Bräutigam vor der Beiwohnung von ihrem früheren geschlechtlichen Verkehre Mitteilung macht; wohl aber wird das Recht des Bräutigams, wegen der mitgeteilten Tatsache vom Verlöbnisse zurückzutreten, ausgeschlossen (RG 15. 3. 06 IV 452/05; RG JW 07, 480[14]). Die Unbescholtenheit muß zur Zeit der Beiwohnung vorhanden sein; es genügt nicht, wenn sie nur zur Zeit der Verlobung vorhanden war (RG Recht 05, 529).

3. **Verlobte.** Vorausgesetzt wird das Bestehen eines rechtswirksamen Verlöbnisses (§ 1297 A 1) zur Zeit der Beiwohnung.

4. Über die **Höhe der Entschädigung** (sogenanntes Kranzgeld RG 49, 204) entscheidet freies richterliches Ermessen; für die Schätzung des Schadens ist der Zeitpunkt der Auflösung des Verlöbnisses zugrunde zu legen (RG 2 5 07 IV 487/06). Die Standes- und Vermögensverhältnisse der Verlobten können berücksichtigt werden, sind aber nicht allein maßgebend, vielmehr sind alle Umstände des einzelnen Falles zu würdigen (RG JW 07, 480[14]; vgl. auch RG JW 06, 425[10] und A 1). — Neben dem Anspruch aus § 1300 kann ein weiterer Anspruch aus § 1715 begründet sein (RG 15. 4. 07 IV 454/06).

5. **Beweislast.** Zur Begründung eines auf § 1300 gestützten Anspruchs gehört die Behauptung und nötigenfalls der Nachweis, daß die Frauensperson zu der Zeit, als sie die Beiwohnung gestattete, unbescholten war. Der Nachweis der Unbescholtenheit ist allerdings nicht nötig, solange keine Anzeichen für den Mangel der Unbescholtenheit gegeben sind. Liegen solche Anzeichen vor, so ist es Sache der Klägerin, darzutun, daß sie trotzdem unbescholten geblieben ist (RG 2. 11. 05 IV 227/05).

6. **Gerichtszuständigkeit.** Der Anspruch aus einem Verlöbnisbruche (§ 1300) ist kein Anspruch aus einem außerehelichen Beischlafe im Sinne des § 23 Nr 2 GVG.

§ 1301

[1])Unterbleibt die Eheschließung[2]), so kann jeder Verlobte[3]) von dem andern die Herausgabe desjenigen, was er ihm geschenkt oder zum Zeichen des Verlöbnisses[4]) gegeben hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[5]) fordern. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Rückforderung ausgeschlossen[6]) sein soll, wenn das Verlöbnis durch den Tod eines der Verlobten aufgelöst wird.

E I 1229 II 1207 M 4, 6 P 4, 10.

1. § 1301 Satz 1 enthält nachgiebiges Recht. Die Beteiligten können also abweichende Bestimmungen treffen. § 1301 Satz 2 stellt nur eine Auslegungsregel auf.

2. Abgesehen von dem Falle des Todes eines Verlobten ist die **Eheschließung** als **unterblieben** anzusehen, wenn das Verlöbnis aus irgend einem Grunde gelöst ist.

3. **Verlobte.** Vorausgesetzt wird das Bestehen eines rechtswirksamen Verlöbnisses (§ 1297 A 1) zur Zeit der Hingabe, andernfalls sind für den Rückforderungsanspruch die allgemeinen Grundsätze maßgebend.

4. Z. B. Verlobungsringe.

5. **Ungerechtfertigte Bereicherung,** §§ 812 ff. Danach (vgl. § 815) ist das Rückforderungsrecht des Gebers ausgeschlossen, wenn er ohne wichtigen Grund von dem Verlöbnisse zurückgetreten ist (§ 1298) oder den Rücktritt des andern Verlobten schuldbar veranlaßt hat (§ 1298). Unberührt bleibt seine Pflicht zur Rückgabe der von dem andern Teile empfangenen Gaben und Geschenke. Den Ausschließungsgrund hat der Empfänger zu beweisen. Der Rückforderungsanspruch ist übertragbar und vererblich.

6. Die Ausschließung der Rückforderung bezieht sich auf Gegebenes und Empfangenes.

§ 1302

Die in den §§ 1298 bis 1301 bestimmten Ansprüche verjähren in zwei Jahren von der Auflösung[1]) des Verlöbnisses an.

E I 1230 II 1208 M 4, 7 P 4, 11.

1. Auf welche Art die **Auflösung** erfolgt (Tod eines Verlobten, anderweite Eheschließung eines Verlobten, gegenseitige Übereinkunft, gerechtfertigter oder ungerechtfertigter einseitiger Rücktritt), macht keinen Unterschied. Nur im Falle des einseitigen Rücktritts beginnt die Verjährung erst mit dem Zeitpunkt, in dem der andere Teil K e n n t n i s von dem Rücktritt erlangt (vgl. § 1298 A 3).

Zweiter Titel

Eingehung der Ehe

§ 1303

[1])Ein Mann darf nicht vor dem Eintritte der Volljährigkeit[2]), eine Frau darf nicht vor der Vollendung des sechzehnten Lebensjahrs eine Ehe eingehen.

Einer Frau[3]) kann Befreiung von dieser Vorschrift bewilligt werden.

E I 1233 II 1209 M 4, 17 P 4, 19—22.

1. § 1303 regelt an Stelle des durch Art 46 EG aufgehobenen § 28 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 die **Ehemündigkeit.** Ihr Mangel begründet ein a u f s c h i e b e n d e s E h e h i n d e r n i s (Prot 4, 79).

2. Auch die **Volljährigkeitserklärung** (§ 3) des Mannes begründet für ihn Ehemündigkeit (Prot 4, 22).

3. Einem M a n n e kann Befreiung von dieser Vorschrift nicht bewilligt werden. Ihm steht nur der Weg offen, seine Volljährigkeitserklärung nachzusuchen.

§ 1304

[1])Wer in der Geschäftsfähigkeit beschränkt[2]) ist, bedarf zur Eingehung einer Ehe der Einwilligung[3]) seines gesetzlichen Vertreters[4]).

Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund[5]), so kann die Einwilligung, wenn sie von ihm verweigert wird, auf Antrag des Mündels durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Das Vormundschaftsgericht hat die Einwilligung zu ersetzen, wenn die Eingehung der Ehe im Interesse des Mündels liegt[6]).

E I 1232 Abs 1, 2 II 1210 M 4, 10—17 P 4, 17—19, 34.

1. § 1304 behandelt die Fälle, in denen zur Eheschließung die **Einwilligung des gesetzlichen Vertreters** erforderlich ist. Der Mangel dieses Erfordernisses begründet die A n f e c h t b a r k e i t der Ehe (§ 1331, § 133 Abs 2 Satz 2, § 1337), bildet also ein t r e n n e n d e s E h e h i n d e r n i s. Wegen der Beeinflussung des ehelichen Güterrechts vgl. § 1364.

2. **Beschränkte Geschäftsfähigkeit,** §§ 106, 114. Wer **geschäftsunfähig** ist, kann eine Ehe überhaupt nicht eingehen, da seine auf Eheschließung gerichtete Willenserklärung nach § 105 nichtig ist. Die Ehe eines Geschäftsunfähigen ist nach § 1325 Abs 1 nichtig, kann jedoch nach § 1325 Abs 2 durch Bestätigung gültig werden.

3. Erforderlich ist die **Einwilligung** desjenigen, dem zur Zeit der Eheschließung die gesetzliche Vertretung obliegt. Die Einwilligung (§ 183 Satz 1) ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, bedarf keiner Form und kann bis zur Eheschließung widerrufen werden. Es genügt, wenn sie einem der Verlobten gegenüber erklärt ist. Dem Standesbeamten ist die Einwilligung allerdings in beglaubigter Form nachzuweisen (§ 45 PStG), und zwar als eine unbedingte und unbefristete Erklärung.

4. Gesetzliche Vertreter können der Vater, die Mutter, der Vormund oder der Pfleger sein, letzterer jedoch nur, wenn die Pflegschaft die persönlichen Angelegenheiten des Pflegebefohlenen (zu denen die Einwilligung in die Eheschließung zu rechnen ist) umfaßt.

5. Vormund. Dasselbe gilt, wenn der gesetzliche Vertreter ein Pfleger ist (§ 1915). Die Anwendung des Abs 2 ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Vormundschaft bezw. Pflegschaft vom Vater oder von der Mutter geführt wird.

6. Die **Einwilligung** ist zu **ersetzen,** gleichviel, ob eine Pflichtwidrigkeit des Vormundes bezw. Pflegers vorliegt oder nicht.

§ 1305

[1])Ein eheliches Kind[2]) bedarf bis zur Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahrs[3]) zur Eingehung einer Ehe[4]) der Einwilligung[5]) des Vaters, ein uneheliches Kind bedarf bis zum gleichen Lebensalter der Einwilligung der Mutter. An die Stelle des Vaters tritt die Mutter, wenn der Vater gestorben ist[6]) oder wenn ihm die sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte nach § 1701 nicht zustehen. Ein für ehelich erklärtes Kind[7]) bedarf der Einwilligung der Mutter auch dann nicht, wenn der Vater gestorben ist.

Dem Tode des Vaters oder der Mutter steht es gleich, wenn sie zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande sind oder wenn ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist.

E I 1238 Abs 1 II 1211 M 4, 25 ff. P 4, 30, 670, 715.

1. Die §§ 1305—1308 regeln das **Erfordernis der elterlichen Einwilligung.** Die entsprechenden Bestimmungen des PStG (§§ 29, 30) sind durch Art 46 I EG aufgehoben worden. Der Mangel der elterlichen Einwilligung begründet ein aufschiebendes Ehehindernis. Die trotz des Mangels abgeschlossene Ehe ist zwar gültig, aber die ohne die erforderliche Einwilligung heiratende minderjährige Tochter hat die in den §§ 1661, 1686 (Fortdauer der Nutznießung des Kindesvermögens durch die Eltern) und § 1621 Abs 1 (Verlust des Anspruchs auf Aussteuer) bezeichneten Nachteile zu gewärtigen.

2. Dem **ehelichen Kinde** steht hier das durch nachfolgende Ehe der Eltern legitimierte uneheliche Kind (§§ 1719, 1736) gleich. Hinsichtlich des an Kindes Statt angenommenen Kindes trifft § 1306 besondere Bestimmung. Ein Kind aus einer nichtigen Ehe bedarf der elterlichen Einwilligung, wenn es als ehelich gilt (§ 1699 Abs 1). Kannten beide Ehegatten bei der Eheschließung die Nichtigkeit der Ehe oder ist die Ehe wegen Formmangels nichtig (§ 1699 Abs 1 und 2), so bedarf das (als unehelich anzusehende) Kind nur der Einwilligung der Mutter, desgleichen, wenn der Vater, nicht aber die Mutter die Nichtigkeit kannte (§ 1701). Ein Stief- oder Pflegekind bedarf nicht der Einwilligung seiner Stief- oder Pflegeeltern.

3. Die **Volljährigkeitserklärung** eines minderjährigen Sohnes (§ 3) hat für ihn keine Befreiung von der Vorschrift des § 1305 zur Folge.

4. Mit **Eingehung einer Ehe** ist nicht nur die erste, sondern auch jede folgende Ehe gemeint.

5. Die **Einwilligung** ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (§§ 130 ff.) und bedarf keiner Form. Sie kann entweder dem Kinde oder dessen Verlobten gegenüber erklärt und bis zur Eheschließung widerrufen werden. Eine etwa hinzugefügte Bedingung oder Zeitbestimmung muß zur Zeit der Eheschließung eingetreten sein. Das Einwilligungsrecht ist ein Recht höchstpersönlicher Natur, das auf der den Eltern schuldigen Ehrerbietung beruht und den Eltern zur Förderung des Familienwohls beigelegt ist. Es ist ferner unabhängig davon, ob dem Berechtigten die elterliche Gewalt, beziehungsweise die Sorge für die Person des Kindes zusteht, und geht auch nicht infolge Scheidung der Eltern verloren. Über die Ersetzung der elterlichen Einwilligung durch das Vormundschaftsgericht trifft § 1308 Bestimmung. — Bemühungen eines Rechtsanwalts, die erforderliche elterliche Einwilligung oder deren Ersatz durch das Vormundschaftsgericht zu erlangen, sind nicht als Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe im Sinne des § 656 anzusehen (**RG** JW 06, 713[10]).

6. Die **Todeserklärung** (§ 18) steht hier dem Tode gleich.

7. **Ehelichkeitserklärung** (vgl. §§ 1723 ff.). Das für ehelich erklärte uneheliche Kind bedarf wie ein eheliches Kind der Einwilligung seines Vaters, dagegen niemals der Einwilligung seiner Mutter. Gerechtfertigt wird diese Bestimmung durch die Erwägung, daß die Ehelichkeitserklärung in der Regel eine Entfremdung zwischen Mutter und Kind herbeiführt. Auch wenn die Sorge für die Person des Kindes wieder auf die Mutter übergeht, bedarf es ihrer Einwilligung nicht.

§ 1306

[1])Einem an Kindes Statt angenommenen[2]) Kinde gegenüber steht die Einwilligung[3]) zur Eingehung einer Ehe an Stelle der leiblichen Eltern demjenigen zu, welcher das Kind angenommen hat. Hat ein Ehepaar das Kind gemeinschaftlich[4]) oder hat ein Ehegatte das Kind des andern Ehegatten angenommen[5]), so finden die Vorschriften des § 1305 Abs. 1 Satz 1, 2, Abs. 2 Anwendung[6]).

Die leiblichen Eltern erlangen das Recht zur Einwilligung auch dann nicht wieder, wenn das durch die Annahme an Kindes Statt begründete Rechtsverhältnis aufgehoben wird.

E I 1239 II 1212 M 4, 30 P 4, 24, 34, 740.

1. Die entsprechenden Bestimmungen des PStG (§ 31) sind durch Art 46 I EG aufgehoben worden. Der Mangel der **Einwilligung des Annehmenden** begründet ein aufschiebendes Ehehindernis. Die trotz des Mangels abgeschlossene Ehe ist zwar gültig, jedoch treten die in A 1 zu § 1305 bezeichneten Nachteile ein.

2. Wegen der **Annahme an Kindes Statt** vgl. §§ 1741 ff. Auf Pflegekinder ist § 1306 nicht anwendbar.

3. Auf die **Einwilligung** und das Einwilligungsrecht des § 1306 trifft das in A 5 zu § 1305 Gesagte gleichfalls zu. Die §§ 1307, 1308 finden auch auf die Fälle des § 1306 Anwendung.

4. Fall des § 1749 Abs 1.

5. Fall des § 1757 Abs 2 Halbs 2.

6. Der Grund dieser Vorschrift liegt darin, daß das Kind in den bezeichneten Fällen die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes der Eltern erlangt (§ 1757 Abs 2).

§ 1307

Die elterliche Einwilligung[1]) kann nicht durch einen Vertreter[2]) erteilt werden. Ist der Vater oder die Mutter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich.

E I 1238 Abs 2 II 1213 M 4, 27 P 4, 31.

1. Unter der **elterlichen Einwilligung** sind alle in den §§ 1305, 1306 bezeichneten Fälle des Erfordernisses der Einwilligung zu verstehen.

2. **Keine Vertretung.** Der höchstpersönlichen Natur des elterlichen Einwilligungsrechts (§ 1305 A 5) entspricht es, daß die Einwilligung weder durch den gesetzlichen Vertreter noch durch einen Bevollmächtigten erteilt werden kann (Unzulässigkeit der Vertretung im Willen). Dagegen ist die Vertretung in der bloßen Erklärung des Willens zulässig.

§ 1308

Wird die elterliche Einwilligung[1]) einem volljährigen Kinde[2]) verweigert, so kann sie auf dessen Antrag[3]) durch das Vormundschaftsgericht[4]) ersetzt[5]) werden. Das Vormundschaftsgericht hat die Einwilligung zu ersetzen, wenn sie ohne wichtigen Grund[6]) verweigert wird.

Vor der Entscheidung soll das Vormundschaftsgericht Verwandte oder Verschwägerte des Kindes hören, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann. Für den Ersatz der Auslagen gilt die Vorschrift des § 1847 Abs. 2.

E I 1238 Abs 3 II 1214 M 4, 28 ff. P 4, 30 ff.

1. Unter der **elterlichen Einwilligung** sind alle in den §§ 1305, 1306 bezeichneten Fälle des Erfordernisses der Einwilligung zu verstehen.

2. Da die **Volljährigkeit** mit der Vollendung des 21. Lebensjahrs eintritt (§ 2), die elterliche Einwilligung aber nur bis zum gleichen Lebensalter erforderlich ist (§ 1305), so ist im § 1308 unter einem volljährigen Kinde das für volljährig erklärte, noch nicht 21 Jahre alte Kind zu verstehen. Der § 1308 hat daher eine sehr beschränkte Bedeutung. Minderjährigen steht das Recht aus § 1308 nicht zu. Die entsprechenden Bestimmungen des PStG (§ 32) sind durch Art 46 I EG aufgehoben worden.

3. **Form des Antrags** § 11 FGG.

4. Zuständigkeit des **Vormundschaftsgerichts** §§ 35, 36, 43 FGG. Ermittelungen von Amts wegen § 12 FGG.

5. Die **Ersetzung** der Einwilligung wirkt wie deren Erteilung.

6. Ob der **Verweigerungsgrund** wichtig ist, hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu beurteilen.

§ 1309

[1])Niemand darf eine Ehe eingehen, bevor seine frühere Ehe[2]) aufgelöst[3]) oder für nichtig erklärt[4]) worden ist. Wollen Ehegatten die Eheschließung wiederholen[5]), so ist die vorgängige Nichtigkeitserklärung nicht erforderlich.

Wird gegen ein Urteil, durch das die frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, die Nichtigkeitsklage oder die Restitutionsklage erhoben, so dürfen die Ehegatten nicht vor der Erledigung des Rechtsstreits eine neue Ehe eingehen, es sei denn, daß die Klage erst nach dem Ablaufe der vorgeschriebenen fünfjährigen Frist erhoben worden ist[6]).

E I 1234 II 1215 Abs 1 M 4, 18 P 4, 22, 60 ff., 6 265, 263.

1. **Doppelehe.** Der § 1309 Abs 1 gibt dem Grundsatz Ausdruck, daß ein Mann gleichzeitig nur mit einer Frau, und daß eine Frau gleichzeitig nur mit einem Manne verheiratet sein darf. Eine Ehe, die diesem Verbote der Doppelehe zuwider geschlossen wird, ist nichtig, wenn die frühere Ehe gültig war (§ 1326). In diesem Falle liegt mithin ein trennendes Ehehindernis vor. Vgl. das Nähere bei § 1326.

2. Eine wegen Formmangels nichtige, in das Heiratsregister nicht eingetragene Ehe kommt überhaupt nicht als **frühere Ehe** im Sinne des § 1309 in Betracht und ist nicht geeignet, das Ehehindernis zu begründen. Die so Verbundenen können selbstverständlich jederzeit zur Eheschließung schreiten. Diese stellt sich aber nicht als Wiederholung der Eheschließung, sondern als erstmalige Eheschließung dar.

3. **Aufgelöst** wird die Ehe durch den Tod eines Ehegatten, durch Wiederverheiratung des Ehegatten eines für tot Erklärten (§ 1348 Abs 2) und durch Scheidung (§§ 1564 ff.). Den Tod des früheren Ehegatten hat der zu einer neuen Ehe schreitende Gatte dem Standesbeamten nachzuweisen (§ 45 PStG). Die Todeserklärung begründet die Vermutung, daß der verschollene Ehegatte in dem Zeitpunkte gestorben sei, der in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist (§ 18 Abs 1). Diese Vermutung eröffnet dem Ehegatten des für tot Erklärten die Möglichkeit der Wiederverheiratung, aber die Ehe gilt, solange die Wiederverheiratung nicht erfolgt ist, als fortbestehend, wenn der für tot Erklärte nachweislich noch lebt oder die Todeserklärung infolge Anfechtung aufgehoben wird. Vgl. das Nähere bei § 1348. Im Falle der Scheidung wird die Ehe mit Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils aufgelöst (§ 1564 Satz 3). Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bewirkt keine Eheauflösung (§§ 1575, 1586).

4. **Nichtigkeitserklärung.** Es macht keinen Unterschied, ob die Ehe aus einem der Nichtigkeitsgründe der §§ 1324 bis 1328 oder aus einem der Anfechtungsgründe der §§ 1331 bis 1335 und 1350 für nichtig erklärt worden ist.

5. Bei der **wiederholten Eheschließung** sind dieselben Vorschriften wie bei der Eheschließung überhaupt zu beobachten. Die wiederholte Eheschließung hat keine Bedeutung, wenn die frühere Ehe in Wirklichkeit gültig ist. Die Gültigkeit der früheren Ehe zu prüfen, liegt nicht dem Standesbeamten ob. Es genügt vielmehr, wenn darüber berechtigte Zweifel unter den Eheleuten bestehen. Die Wiederholung der Eheschließung hat keine rückwirkende Kraft. Keine Veranlassung zur Wiederholung der Eheschließung liegt vor, wenn der der früheren Ehe anhaftende Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund durch Bestätigung der Ehe gehoben werden kann (§§ 1325, 1337) und die Bestätigung erfolgt ist.

6. **Nichtigkeitsklage. Restitutionsklage.** In dieser Beschränkung liegt nur ein aufschiebendes Ehehindernis, denn die Ehe, die trotzdem nach Erhebung einer der genannten Klagen geschlossen wird, ist gültig. Wird aber später im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens das die Scheidung oder Nichtigkeit aussprechende rechtskräftige

Urteil wieder beseitigt, so ist die zweite Ehe als von Anfang an nichtig anzusehen und die erste Ehe gilt (Nichtigkeitsklage § 579 ZPO, Restitutionsklage § 580 ZPO, fünfjährige Frist § 586 Abs 2 Satz 2 ZPO). Eine ähnliche Bestimmung enthält § 1349 (Anfechtung der Todeserklärung).

RZECZPOSPOLITA POLSKA SĄD POWIATOWY

§ 1310

¹)Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen Verwandten in gerader Linie²), zwischen vollbürtigen oder halbbürtigen Geschwistern³) sowie zwischen Verschwägerten in gerader Linie⁴).

Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen Personen, von denen die eine mit Eltern, Voreltern oder Abkömmlingen der andern Geschlechtsgemeinschaft⁵) gepflogen hat.

Verwandtschaft im Sinne dieser Vorschriften besteht auch zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten anderseits⁶).

E I 1236 II 1216 M 4, 21 ff. P 4, 23 ff., 6, 34.

1. **Verwandtschaft. Schwägerschaft.** Der § 1310 verbietet die Eingehung einer Ehe zwischen gewissen Verwandten, Verschwägerten (Abs 1) und Personen, die miteinander (in oder außer einer Ehe) Geschlechtsgemeinschaft gepflogen haben (Abs 2). Das Verbot des Abs 1 begründet ein trennendes (§ 1327), das Verbot des Abs 2 ein aufschiebendes Ehehindernis. Die entsprechenden Bestimmungen des PStG (§ 33 Abs 1 Nr 1) sind durch Art 46 I EG aufgehoben worden.

2. **Verwandte in gerader Linie** sind solche Personen, deren eine von der andern abstammt (§ 1589 Abs 1), also Kinder, Eltern, Großeltern. Verwandtschaft im Sinne des Abs 1 wird auch im Falle der Legitimation durch nachfolgende Ehe (§ 1719), und im Falle der Ehelichkeitserklärung (§§ 1736, 1737) begründet. Wegen der Verwandtschaft im Falle der Annahme an Kindes Statt vgl. § 1311.

3. **Vollbürtige Geschwister** sind Geschwister, die von demselben Vater und derselben Mutter abstammen. **Halbbürtige Geschwister** sind Geschwister, die entweder von demselben Vater aber nicht von derselben Mutter oder von derselben Mutter aber nicht demselben Vater abstammen. Kinder, die ein Ehegatte in die Ehe einbringt, sind mit Kindern, die der andere Ehegatte einbringt (sogenannte zusammengebrachte Kinder) überhaupt nicht verschwistert.

4. **Schwägerschaft** (§ 1590). In gerader Linie verschwägert sind Stiefeltern mit Stiefkindern, Schwiegereltern mit Schwiegerkindern. Die Schwägerschaft dauert fort, auch wenn die Ehe, durch die sie begründet wurde, aufgelöst wurde (§ 1590 Abs 2), erstreckt sich aber nicht auf Abkömmlinge des andern Ehegatten, die nach Auflösung der Ehe erzeugt sind. Demzufolge liegt z. B. das Ehehindernis der Schwägerschaft zwischen einem Manne und der Tochter seiner geschiedenen Ehefrau, die nach Auflösung der Ehe von einem andern Manne erzeugt wurde, nicht vor, dagegen würde in diesem Falle das Ehehindernis des § 1310 Abs 2 gegeben sein, wenn die geschiedenen Eheleute (in oder außer der Ehe) Geschlechtsgemeinschaft gepflogen hätten. Wird die die Schwägerschaft begründende Ehe für nichtig erklärt oder ihre Nichtigkeit nach Auflösung der Ehe festgestellt (§§ 1329, 1343), so wird auch das Schwägerschaftsverhältnis mit rückwirkender Kraft aufgehoben. Dagegen kann in diesen Fällen wiederum das Ehehindernis des § 1310 Abs 2 Platz greifen. Eine wegen Formmangels nichtige, in das Heiratsregister nicht eingetragene Ehe ist überhaupt ungeeignet, Schwägerschaft zu begründen.

5. Ob **Geschlechtsgemeinschaft** in oder außer der Ehe gepflogen wird, macht keinen Unterschied (vgl. A 4).

6. Bezüglich der **unehelichen Kinder** wird hier eine Ausnahme von § 1589 Abs 2 festgestellt (vgl. § 1705).

§ 1311

¹)Wer einen andern an Kindes Statt angenommen²) hat, darf mit ihm oder dessen Abkömmlingen³) eine Ehe nicht eingehen, solange das durch die Annahme begründete Rechtsverhältnis besteht.

E I 1240 II 1217 M 4, 31, 978, 1001 P 4, 34.

1. Der § 1311 verbietet die **Ehe zwischen dem Annehmenden** einerseits **und dem Angenommenen** und dessen Abkömmlingen anderseits. Das Verbot erstreckt sich nicht auf den Ehegatten und die Verwandten des Annehmenden einerseits und den Angenommenen, dessen Ehegatten und Verwandte anderseits. Dies entspricht dem § 1763.

Das Verbot wirkt als aufschiebendes Ehehindernis. Die dem Verbote zuwider geschlossene Ehe ist gültig, nur tritt gemäß § 1771 Abs 1 mit der Eheschließung die Aufhebung des durch die Annahme begründeten Rechtsverhältnisses ein. Wegen Verwirkung der elterlichen Gewalt vgl. § 1771 Abs 2, 3. Die entsprechenden Bestimmungen des PStG (§ 33 Abs 1 Nr 4) sind durch Art 46 I EG aufgehoben worden.

2. Annahme an Kindes Statt §§ 1741 ff.

3. Abkömmlinge. Für die Frage, ob es sich um einen Abkömmling handelt, ist § 1310 Abs 3 nicht anwendbar. Die Abkömmlinge des Angenommenen unterliegen dem Eheverbote des § 1311, auch wenn sich auf sie gemäß § 1762 Satz 2 die Wirkungen der Annahme nicht erstrecken.

§ 1312

[1])Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen einem wegen Ehebruchs geschiedenen[2]) Ehegatten und demjenigen[3]), mit welchem der geschiedene Ehegatte den Ehebruch begangen hat, wenn dieser Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt ist[4]).

Von dieser Vorschrift kann Befreiung[5]) bewilligt werden.

E I 1237 II 1218 M 4, 24 P 4, 27 ff. 6, 265.

1. Ehebruch. § 1312 verbietet die Ehe zwischen Ehebrechern. Das Verbot wirkt als trennendes Ehehindernis. Die gegen das Verbot geschlossene Ehe ist nichtig, jedoch nach § 1328 Abs 2, wenn nachträglich Befreiung von der Vorschrift des § 1312 bewilligt wird, als von Anfang an gültig anzusehen. Die entsprechenden Bestimmungen des PStG (§ 33 Abs 1 Nr 5 und Abs 2) sind durch Art 46 I EG aufgehoben worden.

2. Scheidung wegen Ehebruchs. Der Ehegatte muß wegen seines Ehebruchs von dem andern Ehegatten geschieden worden sein. Ob der Ehebruch als alleiniger Scheidungsgrund oder neben andern Scheidungsgründen festgestellt worden ist, macht keinen Unterschied. Scheidung wegen Ehebruchs liegt auch dann vor, wenn im Falle des § 1574 Abs 2 beide Ehegatten — und zwar der eine wegen Ehebruchs — für schuldig erklärt worden sind. Ist die Ehe wegen eines andern Scheidungsgrundes getrennt worden, so liegt das Ehehindernis nicht vor, selbst wenn erwiesen wäre, daß der Ehegatte einen Ehebruch begangen habe. Ebensowenig liegt das Ehehindernis vor, wenn im Falle des § 1574 Abs 3 der Ehegatte, der den Ehebruch begangen hat, wegen dieses Ehebruchs für mitschuldig erklärt wird. Das Ehehindernis des § 1312 wird weder durch den Tod noch durch die Wiederverheiratung des unschuldigen Ehegatten beseitigt. Wird dagegen die wegen Ehebruchs geschiedene Ehe nachträglich für nichtig erklärt (§§ 1329, 1343), so fällt das Ehehindernis weg. Ist wegen des Ehebruchs nicht auf Scheidung sondern nur auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575) erkannt worden, so ist nach § 1586 die Eingehung einer neuen Ehe, solange der unschuldige Ehegatte lebt, überhaupt ausgeschlossen. Die Frage, ob nach dem Tode des unschuldigen Ehegatten das Ehehindernis des § 1312 in Geltung tritt, muß bejaht werden, da mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Wirkungen der Scheidung eintreten (§ 1586). Meine frühere entgegengesetzte Ansicht (Ehescheidungsrecht S 37) kann ich nicht aufrechterhalten. Der Ehebrecher darf im Falle der Aufhebung nicht günstiger wie im Falle der Scheidung gestellt werden.

3. Nur die **Verheiratung mit dem Ehebrecher** ist verboten. Der Verheiratung mit einer andern Person steht § 1312 nicht im Wege.

4. Feststellung des Ehebruchs als Scheidungsgrund. Der Ehebruch muß als Grund der Scheidung im Scheidungsurteile festgestellt sein, sei es in der Urteilsformel, sei es in den Urteilsgründen. Diese Vorschrift entspricht den im Rechtsstreite zu beobachtenden Grundsätzen und bezweckt zugleich, dem Standesbeamten die Geschäftsführung zu erleichtern. In welchem Rechtszuge das Urteil ergangen ist, macht keinen Unterschied. Es genügt nicht, daß die Verhandlungen oder die Beweisaufnahme den Ehebruch ergeben. Ausgeschlossen sind nachträgliche Ermittelungen oder Feststellungen durch den Standesbeamten. Ist die Feststellung im Urteil unterblieben, so kann dessen Ergänzung nur nach Maßgabe der §§ 319 bis 321 ZPO bewirkt werden. Ein Gegenbeweis gegen die Feststellung ist unzulässig. Wegen Namhaftmachung der Person, mit welcher der Ehebruch begangen ist, vgl. § 624 ZPO.

5. Befreiung vgl. A 1 und § 1322.

§ 1313

[1])Eine Frau darf erst zehn Monate[2]) nach der Auflösung[3]) oder Nichtigkeitserklärung ihrer früheren Ehe eine neue Ehe[4]) eingehen, es sei denn, daß sie inzwischen geboren hat.

Von dieser Vorschrift kann Befreiung[5]) bewilligt werden.

E I 1241 II 1219 M 4, 32 P 4, 34.

1. § 1313 gebietet **verheiratet gewesenen Frauen** Einhaltung einer Wartezeit. Das Gebot wirkt als aufschiebendes Ehehindernis. Die dem Gebote zuwider geschlossene neue Ehe ist gültig. Die Vorschrift bezweckt, zu verhüten, daß über die Abstammung ehelicher Kinder Ungewißheit entstehe (vgl. hierzu auch § 1600). Der entsprechende § 35 des PStG ist durch Art 46 I EG aufgehoben worden.

2. Berechnung der Frist (§§ 87, 88).

3. **Aufgelöst** wird die Ehe durch den Tod des Mannes und die Scheidung. Wird der Mann für tot erklärt, so ist der in der Todeserklärung festgestellte Todestag als Tag der Eheauflösung im Sinne des § 1313 anzusehen (vgl. § 1309 A 3).

4. Eine Ausnahme ist auch nicht für den Fall zugelassen, daß die **neue Ehe** unter denselben Ehegatten (nach Auflösung oder Nichtigkeitserklärung ihrer früheren Ehe) eingegangen wird. Dagegen liegt das Ehehindernis nicht vor, wenn die Ehegatten gemäß § 1309 Abs 1 die Eheschließung wiederholen wollen.

5. **Befreiung**, vgl. § 1322.

§ 1314

[1])Wer ein eheliches Kind[2]) hat, das minderjährig ist oder unter seiner Vormundschaft steht, darf eine Ehe erst eingehen, nachdem ihm das Vormundschaftsgericht ein Zeugnis darüber erteilt hat, daß er die im § 1669[3]) bezeichneten Verpflichtungen erfüllt hat oder daß sie ihm nicht obliegen.

Ist im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein anteilsberechtigter Abkömmling minderjährig oder bevormundet, so darf der überlebende Ehegatte eine Ehe erst eingehen, nachdem ihm das Vormundschaftsgericht ein Zeugnis darüber erteilt hat, daß er die im § 1493 Abs. 2 bezeichneten Verpflichtungen erfüllt hat oder daß sie ihm nicht obliegen.

E I 1242 II 1220 M 4, 33 P 4, 35.

1. **Zweck und Bedeutung der Vorschrift.** Das BGB hat gewisse Sicherungsmaßregeln vorgeschrieben, um Kinder vor vermögensrechtlichen Nachteilen zu schützen, die ihnen bei Wiederverheiratung ihrer Eltern drohen. Ob den in Betracht kommenden Vorschriften genügt ist, hat das Vormundschaftsgericht zu prüfen und zu bezeugen. Erst nach Erteilung dieses Zeugnisses darf die Ehe eingegangen werden. Die dem § 1314 zuwider eingegangene Ehe ist zwar gültig, das Ehehindernis also nur ein aufschiebendes, jedoch hat der Zuwiderhandelnde die Entziehung der Verwaltung des Kindesvermögens (§ 1670) bezw. Entlassung als Vormund (§ 1886) zu gewärtigen. Die entsprechende Bestimmung des PStG (§ 38 Abs 2) ist durch Art 46 I EG aufgehoben worden.

2. Dem **ehelichen Kinde** stehen hier das durch nachfolgende Ehe der Eltern legitimierte uneheliche Kind (§§ 1719, 1736), das an Kindes Statt angenommene Kind (§§ 1741, 1757) und das als ehelich geltende Kind aus einer nichtigen Ehe (§ 1699) gleich. Dem angenommenen Kinde gegenüber haben sowohl der Annehmende, solange er die elterliche Gewalt hat, als auch die leiblichen Eltern den § 1314 zu beobachten (§ 1764).

3. **Zeugnis des Vormundschaftsgerichts.** Die in § 1669 getroffenen Vorschriften sind auch für die Fälle der §§ 1686, 1740, 1761, 1845 (1897, 1915) für anwendbar erklärt. Zuständigkeit §§ 35, 36, 43 FGG. Über die Erfordernisse der Erteilung vgl. **RG** JW 06, 558[28].

4. **Übergangszeit.** § 1314 gilt auch für die am 1. Januar 1900 bereits bestehenden Ehen.

§ 1315

[1])Militärpersonen[2]) und solche Landesbeamte[3]), für die nach den Landesgesetzen zur Eingehung einer Ehe eine besondere Erlaubnis erforderlich ist, dürfen nicht ohne die vorgeschriebene Erlaubnis eine Ehe eingehen.

Ausländer[4]), für die nach den Landesgesetzen zur Eingehung einer Ehe eine Erlaubnis oder ein Zeugnis erforderlich ist, dürfen nicht ohne diese Erlaubnis oder ohne dieses Zeugnis eine Ehe eingehen.

E I 1243 II 1221 M 4, 33 P 4, 35 ff., 6, 268.

1. **Bedeutung der Vorschrift.** § 1315 stellt ein aufschiebendes Ehehindernis auf. Die dem Verbote zuwider geschlossene Ehe ist zwar gültig, den Zuwider-

handelnden drohen jedoch die in den Reichs- und Landesgesetzen etwa vorgesehenen Strafen oder sonstigen Nachteile (vgl. namentlich RMStGB vom 20. 6. 72 § 150 Abs 1). Die entsprechende Bestimmung des PStG (§ 38 Abs 1) ist durch Art 46 I EG aufgehoben worden. Die Nichtbeachtung der in den Landesgesetzen enthaltenen Vorschriften über die Notwendigkeit einer besonderen Erlaubnis bildet ein Ehehindernis auch in den Fällen, in denen das Landesrecht bisher die Nichtbeachtung nur als einen disziplinarischen Verstoß ansah (RGSt 41, 227).

2. **Militärpersonen** vgl. RMilG vom 20. 5. 74, §§ 40, 60 Nr 4, 61. Unter Militärpersonen sind die Personen des Soldatenstandes zu verstehen, welche dem deutschen Heere angehören. Dazu gehören auch die vorläufig in die Heimat beurlaubten Rekruten (RGSt 41, 227).

3. Die Frage, ob jemand die Eigenschaft als **Landesbeamter** besitzt, ist nach dem Landesrechte des Staates, dem der Beamte angehört, zu beantworten.

4. **Ausländer** sind alle nicht einem der deutschen Bundesstaaten angehörende Personen (Art 3 der RV.).

§ 1316

[1])Der Eheschließung soll ein Aufgebot[2]) vorhergehen. Das Aufgebot verliert seine Kraft, wenn die Ehe nicht binnen sechs Monaten nach der Vollziehung des Aufgebots[3]) geschlossen wird.

Das Aufgebot darf unterbleiben, wenn die lebensgefährliche Erkrankung[4]) eines der Verlobten den Aufschub der Eheschließung nicht gestattet.

Von dem Aufgebote kann Befreiung[5]) bewilligt werden.

E II 1225 M 4, 8 P 4, 48 5, 133.

1. **Aufgebot.** Das im § 1316 angeordnete Aufgebot bezweckt die Ermittelung etwaiger Ehehindernisse. Solche sind zu berücksichtigen, auch wenn sie nach Ablauf der zweiwöchigen Aufgebotsfrist (§ 46 Abs 3, § 47 Abs 1 PStG) eintreten oder bekannt werden. Die Vorschrift (Sollvorschrift) des § 1316 begründet kein Ehehindernis, gehört vielmehr zu den bei dem Eheschließungsverfahren zu beobachtenden Förmlichkeiten. Die ohne Aufgebot geschlossene Ehe ist gültig, der Standesbeamte ist jedoch nach § 69 PStG straffällig.

2. **Das Aufgebotsverfahren** ist in den §§ 45—49 PStG und in Art 46 II §§ 44, 50 EG näher geregelt. Nach § 44 ebenda ist für die Anordnung des Aufgebots jeder Standesbeamte zuständig, vor dem nach § 1320 die Ehe geschlossen werden darf.

3. **Vollzogen** ist das Aufgebot, wenn die zweiwöchige Aufgebotsfrist für sämtliche Bekanntmachungen (§§ 46, 47 PStG) abgelaufen ist. Wegen Berechnung der Fristen vgl. §§ 187 Abs 1, 188 Abs 2, 3.

4. Die lebensgefährliche Erkrankung muß ärztlich bescheinigt sein (Art 46 II § 50 EG).

5. Vgl. § 1322 Abs 2.

§ 1317

[1])Die Ehe wird dadurch geschlossen, daß die Verlobten[2]) vor einem[3]) Standesbeamten persönlich[4]) und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären[5]), die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Der Standesbeamte muß zur Entgegennahme der Erklärungen bereit sein[6]).

Die Erklärungen können nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben werden[7]).

E I 1248 II 1226 M 4, 39 ff. P 4, 37 ff.

1. **Eheschließung.** Wer eine Ehe eingehen will, ist gezwungen, die Eheschließung vor einem Standesbeamten vorzunehmen. Das BGB hat im § 1317 den Grundsatz der Zwangszivilehe (obligatorische Zivilehe) von neuem (§ 41 PStG) zur Anerkennung gebracht (vgl. Art 46 II § 41 EG). Die §§ 1317, 1318 beschäftigen sich mit der Form der Eheschließungshandlung selbst. Die Formvorschciften des § 1317 sind so wesentlich, daß, wenn auch nur gegen eine derselben verstoßen wird, eine Ehe überhaupt nicht zum Abschlusse gelangt. Das eingegangene Verhältnis ist keine Ehe und hat im Rechtsleben keine Bedeutung. Zur Aufdeckung dieser rechtlichen Bedeutungslosigkeit bedarf es nicht einer förmlichen Nichtigkeitserklärung. Ausnahmsweise kann jedoch das Verhältnis eine Ehe werden, wenn die im § 1324 Abs 2 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Wegen Wiederholung der Eheschließung vgl. § 1309 A 2, 5. Durch einen prozeßgerichtlichen Vergleich wird die Form der Eheschließung nicht gewahrt (RG 48, 191).

2. Ein **Verlöbnis** wird der Eheschließung meist vorangehen, gehört aber nicht zur Form der Eheschließung. Auch unter Nichtverlobten kann z. B. im Falle der Personenverwechselung (§ 1333) und im Falle der Drohung (§ 1335) eine freilich anfechtbare Ehe formgerecht zustande kommen.

3. **Vor einem Standesbeamten.** Das Gesetz vermeidet absichtlich die Ausdrucksweise: vor dem Standesbeamten (vgl. hierüber §§ 1319, 1320).

4. **Stellvertretung** ist grundsätzlich ausgeschlossen. Ausnahme Art 57 EG.

5. Die **Erklärung** ist an keine Form gebunden und kann auch stillschweigend abgegeben werden. Taube, Stumme, Taubstumme, Blinde können, soweit eine Verständigung zwischen ihnen und dem Standesbeamten möglich ist, den Eheschließungswillen erklären. Erforderlichenfalls ist ein Dolmetscher zuzuziehen (Bek. BR vom 25. 3. 99). Die Zuziehung eines Dolmetschers ist auch dann erforderlich, wenn einer der Erschienenen der deutschen Sprache nicht mächtig ist, jedoch bedarf es der Zuziehung des Dolmetschers nicht, wenn der Standesbeamte der Sprache mächtig ist, in der sich der Erschienene ausdrücken kann.

6. Die Gegenwart des Standesbeamten genügt nicht, vielmehr muß seine **Bereitwilligkeit**, die Erklärungen der Verlobten entgegenzunehmen, hinzukommen.

7. Dem Wesen der Ehe entspricht es, diese **bedingungslos und sofort** mit der Vollziehung der Eheschließungshandlung zur Entstehung zu bringen.

§ 1318

[1])Der Standesbeamte soll bei der Eheschließung in Gegenwart von zwei Zeugen an die Verlobten einzeln und nacheinander die Frage[2]) richten, ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen, und, nachdem die Verlobten die Frage bejaht[3]) haben, aussprechen[4]), daß sie kraft dieses[5]) Gesetzes nunmehr rechtmäßig verbundene Eheleute seien.

Als Zeugen[6]) sollen Personen, die der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt sind[7]), während der Zeit, für welche die Aberkennung der Ehrenrechte erfolgt ist, sowie Minderjährige nicht zugezogen werden. Personen, die mit einem der Verlobten, mit dem Standesbeamten oder miteinander verwandt oder verschwägert sind, dürfen als Zeugen zugezogen werden.

Der Standesbeamte soll die Eheschließung in das Heiratsregister[8]) eintragen[8])[9]).

E I 1249 II 1227 M 4, 39 ff. P 4, 49 ff.

1. Die §§ 1317, 1318 beschäftigen sich mit der **Form der Eheschließungshandlung** selbst. Die Formvorschriften des § 1317 sind wesentlich (A 1 das.), die des § 1318 als sog. Sollvorschriften dagegen nicht. Die unter Vernachlässigung der Vorschriften des § 1318 geschlossene Ehe ist gültig, nur macht sich der Standesbeamte unter Umständen strafbar (§ 69 PStG; Art 46 IV EG).

2. Die **Befragung** eines Tauben ist schriftlich zu bewirken.

3. Für die **Bejahung** gilt das in A 5 zu § 1317 Gesagte.

4. Der **Ausspruch** des Standesbeamten hat nur die Bedeutung einer Feststellung. Die Ehe ist schon vor dem Ausspruche durch die beiderseitige Bejahung (§ 1317) geschlossen und keiner der Verlobten kann von diesem Zeitpunkt an wieder zurücktreten.

5. Gemeint ist das im Bürgerlichen Gesetzbuche gegebene Gesetz, insbesondere der § 1317. Wie dies der Standesbeamte zum Ausdrucke bringt (kraft Gesetzes, kraft des Gesetzes oder gar mit der unglücklichen Wendung: kraft des Bürgerlichen Gesetzbuchs) ist gleichgültig.

6. Als **Zeugen** können auch Personen weiblichen Geschlechts zugezogen werden. Die Zeugen müssen natürlich Personen sein, denen die Fähigkeit zur Wahrnehmung nicht mangelt. Ungeeignete Zeugen sind Taube, Blinde, Geisteskranke.

7. Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte §§ 32 ff. StGB.

8. In das **Heiratsregister** ist das in den §§ 13 Abs 2, 54 PStG Vorgeschriebene einzutragen.

9. Wegen der Eheschließung Deutscher im Auslande vgl. Art 40 II EG.

§ 1319

Als Standesbeamter im Sinne des § 1317 gilt auch derjenige, welcher, ohne Standesbeamter zu sein, das Amt eines Standesbeamten öffentlich aus-

übt[1]), es sei denn, daß die Verlobten den Mangel der amtlichen Befugnis bei der Eheschließung kennen[2])[3]).

E I 1245 Abs 2 II 1222 Abs 2 M 4, 36 ff. P 4, 38, 43 ff., 56.

1. Ob der **Nicht-Standesbeamte** das Amt eines Standesbeamten öffentlich ausübt, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. Die Anwendung des § 1319 wird in Frage kommen, wenn z. B. ein Wechsel in der Person des Standesbeamten eintritt und der Amtsvorgänger nicht mehr, der Amtsnachfolger noch nicht Standesbeamter ist, oder wenn ein Standesbeamter außerhalb seines Bezirkes ohne die nach § 3 Abs 2 PStG erforderliche Ermächtigung das Amt eines Standesbeamten öffentlich ausübt. Der Standesbeamte kann nicht bei seiner eigenen Eheschließung als Standesbeamter mitwirken, wohl aber bei der seiner Kinder oder anderer Verwandten.

2. Der **Kenntnis** steht das Kennenmüssen (§ 122) hier nicht gleich. Kannte nur ein Verlobter den Mangel, so ist die Ehe gültig.

3. Wegen der Eheschließung Deutscher im Auslande vgl. Art 40 II § 8 EG.

§ 1320

[1])Die Ehe soll vor dem zuständigen[2]) Standesbeamten geschlossen werden.

Zuständig ist der Standesbeamte, in dessen Bezirk[3]) einer der Verlobten seinen Wohnsitz[4]) oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt[5]) hat.

Hat keiner der Verlobten seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland und ist auch nur einer von ihnen ein Deutscher[6]), so wird der zuständige Standesbeamte von der obersten Aufsichtsbehörde des Bundesstaats, dem der Deutsche angehört[7]), und, wenn dieser keinem Bundesstaat angehört, von dem Reichskanzler bestimmt.

Unter mehreren zuständigen Standesbeamten haben die Verlobten die Wahl.

E I 1246 II 1223 M 4, 38 P 4, 47, 5, 132 6, 285.

1. **Bedeutung der Vorschrift.** Die Vorschrift des § 1320 Abs 1 hat als sog. Sollvorschrift keine wesentliche Bedeutung für die Gültigkeit der Ehe. Die vor einem unzuständigen Standesbeamten geschlossene Ehe ist gültig, selbst wenn beide Verlobte die Unzuständigkeit kennen (anders § 1319), nur macht sich der Standesbeamte unter Umständen strafbar (§ 60 PStG). Der Fall, daß ein Standesbeamter ohne Ermächtigung außerhalb seines Amtsbezirks handelt, gehört nicht unter § 1320, sondern unter § 1319 (vgl. das. A 1).

2. Die Bestimmungen des PStG über die **Zuständigkeit des Standesbeamten** (§ 42) sind durch Art 46 I EG aufgehoben worden.

3. Die Bildung der **Bezirke** und die Bestellung des Standesbeamten und seines Stellvertreters für einen bestimmten Bezirk ist Aufgabe der höheren Verwaltungsbehörde (§§ 3 bis 6 PStG).

4. **Wohnsitz** §§ 7 ff. — Der Standesbeamte, in dessen Bezirke nur einer der Verlobten wohnt, braucht, wenn für diesen das Aufgebot von dem andern Standesbeamten angeordnet und die vorgeschriebene Bescheinigung, daß Ehehindernisse nicht zu seiner Kenntnis gelangt seien, erteilt wurde, nicht nachzuprüfen, ob die gesetzlichen Erfordernisse auch bezüglich des andern Verlobten erfüllt sind. Es ist Pflicht des das Aufgebot anordnenden Standesbeamten, sich die Überzeugung von der Richtigkeit der nachzuweisenden Voraussetzungen unter Benutzung der ihm durch das Gesetz gebotenen Mittel zu verschaffen (RGSt 35, 265).

5. Ein Verlobter hat den **gewöhnlichen Aufenthalt** da, wo er, ohne sich daselbst ständig niederzulassen, dauernd und nicht bloß vorübergehend weilt. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, entscheidet der Standesbeamte nach freiem Ermessen.

6. Art 41 EG. Ist **keiner der Verlobten ein Deutscher**, so ist die Zuständigkeit eines deutschen Standesbeamten nicht begründet.

7. **Staatsangehörigkeit**, Art 41 EG und StAngG vom 1. 6. 70. Gehört der Deutsche mehreren Bundesstaaten an, so ist die oberste Aufsichtsbehörde jedes der mehreren Bundesstaaten zur Bestimmung des zuständigen Standesbeamten befugt. Lehnt die Aufsichtsbehörde des einen Bundesstaates die Bestimmung ab, so hindert dies nicht die Aufsichtsbehörde des andern Bundesstaates, die Bestimmung zu treffen. Anderseits kann die Bestimmung abgelehnt werden, wenn sie bereits durch einen andern Bundesstaat erfolgt ist (vgl. § 1322 A 2).

8. Lehnt der Standesbeamte wegen Unzuständigkeit seine Mitwirkung bei der Eheschließung ab, so steht den Verlobten frei, die Entscheidung des Amtsgerichts, in dessen Bezirk der Standesbeamte seinen Amtssitz hat, einzuholen (§ 11 Abs 3 PStG; §§ 69, 186 FGG; Beschwerde §§ 19 ff. FGG).

§ 1321

[1])Auf Grund einer schriftlichen[2]) Ermächtigung[3]) des zuständigen Standesbeamten darf die Ehe auch vor dem Standesbeamten eines andern Bezirkes geschlossen werden.[4])

E I 1247 II 1224 M 4, 38 P 4, 48.

1. § 1321 gewährt den Verlobten die Möglichkeit, die Ehe vor einem andern als dem zuständigen Standesbeamten zu schließen. Ein hierbei vorkommender Verstoß, z. B. wenn der die **Ermächtigung** erteilende Standesbeamte nicht der zuständige ist, oder die Ermächtigung der schriftlichen Form ermangelt, hat auf die Gültigkeit der Ehe keinen Einfluß. Wesentlich aber ist, daß der ermächtigte Standesbeamte innerhalb seines Bezirkes in Tätigkeit tritt (vgl. § 1319 A 1). Die entsprechende Bestimmung des PStG (§ 43) ist durch Art 46 I EG aufgehoben worden.

2. **Schriftform** § 126.

3. Der **ermächtigte** Standesbeamte hat nicht die Befugnis, einen andern Standesbeamten zu ermächtigen.

4. Die **Ehe** kann vor dem zuständigen oder vor dem ermächtigten Standesbeamten **geschlossen** werden. Der ermächtigte Standesbeamte hat, wie der zuständige Standesbeamte, zur Vermeidung von Strafe Ehehindernisse zu berücksichtigen (§ 69 PStG und Art 46 IV EG). Die Ermittelung und Feststellung etwaiger Ehehindernisse liegt aber nur demjenigen Standesbeamten ob, der das Aufgebot anordnet (RGSt 4, 255; 35, 266). Wegen der über Aufgebot und Nichtvorhandensein von Ehehindernissen auszustellenden Bescheinigung vgl. § 49 PStG.

§ 1322

Die Bewilligung einer nach den §§ 1303, 1313 zulässigen Befreiung[1]) steht dem Bundesstaate zu, dem die Frau, die Bewilligung einer nach § 1312 zulässigen Befreiung steht dem Bundesstaate zu, dem der geschiedene Ehegatte angehört[2]). Für Deutsche[3]), die keinem Bundesstaat angehören, steht die Bewilligung dem Reichskanzler zu.

Die Bewilligung einer nach § 1316 zulässigen Befreiung steht dem Bundesstaate zu, in dessen Gebiete die Ehe geschlossen werden soll.

Über die Erteilung der einem Bundesstaate zustehenden Bewilligung hat die Landesregierung zu bestimmen.

E I 1244 II 1228 M 4, 34 ff. P 4, 37, 48.

1. Die nach § 1322 zulässigen **Befreiungen** können von den Landesregierungen nach ihrem freien Ermessen bewilligt werden. Rechtsmittel sind gegen ablehnende Entscheidungen nicht gegeben. Die entsprechenden Bestimmungen des PStG (§§ 40, 50 Abs 1) sind durch Art 46 I, II EG aufgehoben worden. — Die Bemühungen eines Rechtsanwalts, die Befreiung von Ehehindernissen zu erwirken, sind nicht als Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe im Sinne des § 656 anzusehen (RG JW 06, 713[10]).

2. **Staatsangehörigkeit**, Art 41 EG und StAngG vom 1. 6. 70. Gehört der Verlobte mehreren Bundesstaaten an, so steht jedem Bundesstaate selbständig und unabhängig von den andern Bundesstaaten die Bewilligung zu. Es genügt, wenn die Landesregierung eines derselben die Befreiung bewilligt (vgl. § 1320 A 7).

3. Für Nichtdeutsche sind Befreiungen nicht vorgesehen (vgl. § 1320 A 6).

Dritter Titel

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe

§ 1323

Eine Ehe ist nur[1]) in den Fällen der §§ 1324 bis 1328 nichtig.

E I 1250 II 1229 M 4, 47 55 P 4, 56.

1. Die §§ 1324 bis 1328 führen erschöpfend die Fälle auf, in denen eine **Ehe nichtig** sein kann. Andere Nichtigkeitsgründe gibt es nicht. Zu beachten ist jedoch, daß eine Ehe auch dann für nichtig erklärt werden kann, wenn einer der Anfechtungsgründe vorliegt (§ 1343 Abs 1). Die Nichtigkeitsgründe beruhen auf Rücksichten, die über

dem Parteiwillen stehen, die Anfechtungsgründe auf Rücksichten, die dem persönlichen Empfinden der Parteien Rechnung tragen. Nichtigkeit tritt ein, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe mit dem Wesen der Ehe und der öffentlichen Ordnung nicht vereinbar sein würde, Anfechtbarkeit, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei welchem wesentlich das persönliche Empfinden des verletzten Ehegatten entscheiden muß, ob die Ehe bestehen bleiben soll oder nicht (§ 1330 A 1).

§ 1324

Eine Ehe ist nichtig, wenn bei der Eheschließung die im § 1317 vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden ist[1]).

Ist die Ehe in das Heiratsregister eingetragen worden[2]) und haben die Ehegatten nach der Eheschließung zehn Jahre oder, falls einer von ihnen vorher gestorben ist, bis zu dessen Tode, jedoch mindestens drei Jahre, als Ehegatten miteinander gelebt[3]), so ist die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen[4]). Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn bei dem Ablaufe der zehn Jahre oder zur Zeit des Todes des einen Ehegatten die Nichtigkeitsklage[5]) erhoben ist.

E I 1250 Nr 1 II 1230 M 4, 48 P 4, 53 ff., 62 ff.

1. Die Nichtigkeit der Ehe wegen Außerachtlassung der im § 1317 vorgeschriebenen Form ist eine so vollkommene, daß es zur Geltendmachung der Nichtigkeit nicht einmal der für die Nichtigkeitsfälle der §§ 1325—1328 vorgeschriebenen Nichtigkeitsklage (§ 1329) bedarf. Man kann daher im Falle des § 1324 Abs 1 von einer **vollkommenen Nichtigkeit** und in den Fällen der §§ 1325—1328 von einer **unvollkommenen Nichtigkeit** sprechen (vgl. auch § 1317 A 1). Den Fällen der unvollkommenen Nichtigkeit steht der Fall gleich, wenn eine formell nichtige Ehe in das Heiratsregister eingetragen worden ist (§§ 1324 Abs 2, 1329). Ehegatten, die in einer vollkommen nichtigen Ehe leben, können jederzeit eine formgültige Eheschließung vornehmen; eine Wiederholung der Eheschließung liegt darin nicht (§ 1309 A 2). Rückwirkende Kraft wohnt der neuen Handlung nicht bei.

2. Die **Eintragung in das Heiratsregister** ist zwar für das Zustandekommen der Ehe nur ein unwesentlicher Formbestandteil, gewinnt jedoch vermöge der Sondervorschrift des § 1324 Abs 2 hohe Bedeutung. Die formell nichtige aber in das Heiratsregister eingetragene Ehe wird wie eine Ehe behandelt, die aus einem andern Grunde als wegen Formmangel nichtig ist.

3. Ob die Ehegatten **miteinander als Ehegatten gelebt** haben, hat der Richter nach freiem Ermessen zu beurteilen. Ein ununterbrochenes tatsächliches Zusammenleben wird nicht gefordert. In demselben Sinne ist im Art 198 Abs 2 EG von einem Zusammenleben der Ehegatten die Rede (RG JW 00, 725).

4. Dies ist der einzige Ausnahmefall, in dem die vollkommene Nichtigkeit einer Ehe **nachträglich geheilt** werden kann und zwar mit rückwirkender Kraft.

5. Nämlich die **Nichtigkeitsklage** wegen Formmangels der Eheschließung. Führt die Klage nicht zu einem die Nichtigkeit der Ehe aussprechenden Urteile, so ist die Ehe trotz Klagerhebung als von Anfang an gültig anzusehen.

§ 1325

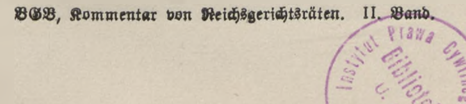
Eine Ehe ist nichtig[1]), wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähig[2]) war oder sich im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befand[3]).

Die Ehe ist als von Anfang an gültig anzusehen[4]), wenn der Ehegatte sie nach dem Wegfalle der Geschäftsunfähigkeit, der Bewußtlosigkeit oder der Störung der Geistestätigkeit bestätigt[5]), bevor sie für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist[6]). Die Bestätigung bedarf nicht der für die Eheschließung vorgeschriebenen Form.[5])

E I 1250 Nr 2, 1251 II 1231 M 4, 48 ff. P 4, 53, 57, 60, 6, 269.

1. Ein Fall der **unvollkommenen Nichtigkeit** (§ 1324 A 1).

2. Die Frage, wer **geschäftsunfähig** ist, beantwortet der § 104. Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nach § 105 Abs 1 nichtig. Diesem Grundsatz entspricht es, daß auch die auf Eheschließung gerichtete Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig ist und die Nichtigkeit der Ehe zur Folge hat. Nach § 104 Nr 3 ist geschäftsunfähig, wer wegen





Geistes k r a n k h e i t entmündigt ist. Wer nur wegen Geistes s c h w ä c h e entmündigt ist, kann daher gültig eine Ehe schließen. Anderseits ist die Ehe, die vor Aufhebung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit — wenn auch in einem lichten Zwischenraum oder gar nach Eintritt der Heilung des Geisteskranken — geschlossen ist, nichtig. Wann die Entmündigung als aufgehoben anzusehen ist, bestimmt sich nach ZPO §§ 672, 678, 679.

3. Diese Vorschrift entspricht dem § 105 Abs 2.

4. Die **Wirkung der Bestätigung** reicht also in die Zeit der Eheschließung zurück. Es wird so angesehen, als ob der Nichtigkeitsgrund überhaupt nicht eingetreten sei. Die Nichtigkeit der Ehe ist mit rückwirkender Kraft geheilt.

5. Die **Bestätigung** (§ 141) ist ein einseitiges Rechtsgeschäft und bedarf keiner Form, insbesondere nicht der für die Eheschließung vorgeschriebenen Form. Sie unterliegt, soweit sich nicht aus dem Wesen der Ehe Abweichungen ergeben, den allgemeinen Bestimmungen über Willenserklärungen, insbesondere auch hinsichtlich der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Willenserklärungen. Eine Bestätigung der nichtigen Ehe liegt vor, wenn der zur Nichtigkeitsklage berechtigte Ehegatte mit Kenntnis des den Nichtigkeitsgrund erfüllenden Tatbestandes seinen Willen, die Ehe fortzusetzen, dem andern Ehegatten gegenüber zum Ausdrucke bringt. Dies kann auch stillschweigend, z. B. durch Beischlafsvollziehung, geschehen. Einer E r k l ä r u n g, von dem Nichtigkeitsgrunde keinen Gebrauch machen zu wollen, bedarf es nicht. Ebensowenig bedarf es eines Beweises dafür, daß der Ehegatte sich seiner Befugnis zur Erhebung der Nichtigkeitsklage (§ 1329) bewußt gewesen sei. Die Bestätigung muß d e m a n d e r n T e i l e g e g e n ü b e r vorgenommen werden, da es sich begrifflich um eine erneute Eheschließung handelt. Nur der Ehegatte selbst, nicht sein gesetzlicher Vertreter kann die Ehe bestätigen. Ist aber der Ehegatte zur Zeit der Bestätigung in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nach §§ 106, 107 zur Bestätigung noch der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Ist die Bestätigung ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters erfolgt, so kann die Ehe nach § 1331 von dem Ehegatten angefochten werden, jedoch kann die Anfechtung, solange der anfechtungsberechtigte Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, nach § 1336 Abs 2 nur von seinem gesetzlichen Vertreter ausgehen und ist nach § 1337 Abs 1 überhaupt ausgeschlossen, wenn der gesetzliche Vertreter die Ehe genehmigt oder der anfechtungsberechtigte Ehegatte, nachdem er unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, die Ehe bestätigt. Die Bestätigung ist u n w i d e r r u f l i c h. Sie kann auch unter einer Bedingung (**RG** 44, 147) oder einer Zeitbestimmung erklärt werden.

6. **Zeitpunkt der Bestätigung. Besondere Fälle.** Die Bestätigung kann wirksam auch noch i m L a u f e d e s N i c h t i g k e i t s v e r f a h r e n s erfolgen; ihre Geltendmachung im Rahmen dieses Verfahrens ist aber nur solange zulässig, als nach den Verfahrensvorschriften Tatsachen überhaupt mit Erfolg vorgebracht werden können (§ 278 Abs 1 ZPO). Die rechtskräftig ausgesprochene Nichtigkeitserklärung kann nicht nachträglich dadurch in Frage gestellt werden, daß geltend gemacht wird, die Bestätigung sei nach der letzten mündlichen Verhandlung und vor der Rechtskraft des Urteils erfolgt (M 4, 51; dagegen Staudinger A 3d). — Ein nur auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gerichtetes Urteil steht der Bestätigung nicht im Wege. — Im Falle der Doppelehe (§ 1326) kann der Ehegatte nach Eingehung der zweiten Ehe nicht die erste nichtige Ehe wirksam bestätigen. Vielmehr bleibt die zweite Ehe gültig (§ 1326 A 2).

§ 1326

Eine Ehe ist nichtig[1]), wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung[2]) mit einem Dritten in einer gültigen[3]) Ehe lebte.

E I 1250 Nr 3 II 1332 M 4, 51 ff. P 4, 57 ff.

1. Ein Fall der **unvollkommenen Nichtigkeit** § 1324 A 1. § 1326 verleiht dem im § 1309 ausgesprochenen Verbote der Doppelehe die erforderliche Wirksamkeit. Es handelt sich hier um ein t r e n n e n d e s Ehehindernis.

2. **Zur Zeit der Eheschließung** muß die Ehe mit einem Dritten bestehen. Steht in d i e s e m Zeitpunkte der Eheschließende mit einem Dritten in einer gültigen Ehe, so ist die neue Ehe nichtig und bleibt nichtig, selbst wenn die frühere Ehe durch den Tod eines Ehegatten oder durch rechtskräftiges Scheidungsurteil aufgelöst oder der erste Ehegatte des doppelt verheirateten Ehegatten für tot erklärt wird. Die Nichtigkeit ist also unheilbar. In den Fällen des Todes, der Todeserklärung und Scheidung ist die Wiederholung der Eheschließung nach § 1309 Abs 1 Satz 2 angebracht, die allerdings nur für die Zukunft wirkt (§ 1309 A 5). War die frühere Ehe z u r Z e i t d e r E i n g e h u n g d e r n e u e n Ehe keine gültige, so ist § 1326 nicht anwendbar. Die Anwendbarkeit des § 1326 kann nicht dadurch herbeigeführt werden, daß der doppelt verheiratete Ehegatte n a c h Schließung der zweiten Ehe die erste Ehe bestätigt (§ 1325 A 5).

3. Die **Gültigkeit der früheren Ehe** ist Voraussetzung für die Nichtigkeit der späteren Ehe. Der Eheschließende mußte zur Zeit der Eheschließung in einer gültigen Ehe mit einem Dritten gelebt haben. War die frühere Ehe wegen Formmangels nichtig und in das Heiratsregister nicht eingetragen (vollkommene Nichtigkeit, § 1324 A 1), so lag ein Ehehindernis überhaupt nicht vor (§ 1309 A 2). War die frühere Ehe zwar wegen Formmangels nichtig, aber in das Heiratsregister eingetragen, oder war sie aus einem der Nichtigkeitsgründe der §§ 1325 bis 1328 nichtig oder aus einem der Anfechtungsgründe der §§ 1331 bis 1335 und des § 1350 seitens des doppelt verheirateten Ehegatten anfechtbar und angefochten worden, so ist die zweite Ehe von der Nichtigkeit des § 1326 nicht betroffen. Ist also die der ersten Ehe anhaftende Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit zur Zeit der Schließung der neuen Ehe vorhanden gewesen, so ist die zweite Ehe von Anfang an gültig. Nicht erforderlich ist, daß zu dieser Zeit die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit bereits geltend gemacht worden war. Nur die Tatsache, daß in Wirklichkeit eine frühere gültige Ehe besteht, ist entscheidend. Auf die Meinung der Eheschließenden über das Bestehen kommt es nicht an. Glaubte z. B. ein Eheschließender im Vertrauen auf die standesamtliche Sterbeurkunde, seine frühere Ehe sei durch den Tod seines Ehegatten aufgelöst, während dieser in Wirklichkeit zur Zeit der Eheschließung lebte, so bestand damals seine frühere Ehe und die neue Ehe ist infolgedessen nichtig. Ebensowenig kommt ein Irrtum des Eheschließenden über die Rechtskraft eines die Scheidung oder Nichtigkeit seiner früheren Ehe aussprechenden Urteils in Betracht. Wegen der Folgen im Falle der Wiederaufnahme des Verfahrens vgl. § 1309 A 6, wegen der Regelung im Falle der Todeserklärung vgl. §§ 1348 ff.

4. Den **Beweis**, daß die zweite Ehe nichtig sei, hat der Nichtigkeitskläger zu führen. Dazu genügt der Nachweis, daß die erste Ehe in formell gültiger Weise abgeschlossen oder wenigstens, daß die Eheschließung in das Heiratsregister eingetragen worden sei. Sache des Beklagten ist es, die Nichtigkeit der früheren und damit die Nichtanwendbarkeit des § 1326 darzulegen. Diese Darlegung kann, solange die frühere Ehe nicht aufgelöst ist, nur mittels Durchführung der Nichtigkeits- oder der Anfechtungsklage bewirkt werden (§§ 1329 Abs 1, 1341 Abs 1, 1343 Abs 2), gegebenenfalls im Wege der Widerklage. Wird ein besonderer Rechtsstreit angestrengt, so kann das über die Nichtigkeit der späteren Ehe anhängige Verfahren gemäß §§ 151, 152 ZPO ausgesetzt werden. Ist die frühere Ehe bereits aufgelöst, so kann der Beklagte im Nichtigkeitsstreit über die Doppelehe den der früheren Ehe anhaftenden Nichtigkeitsgrund mittels Einrede geltend machen. Den ihm zustehenden Anfechtungsgrund kann der Beklagte im Falle der Auflösung der Ehe nur geltend machen (durch Erklärung vor dem Nachlaßgerichte, § 1342), wenn die Auflösung durch Tod des Ehegatten herbeigeführt worden war, nicht aber, wenn die Auflösung durch Scheidungsurteil ausgesprochen wurde (§ 1338).

5. Besondere **Verfahrensvorschriften** für die Nichtigkeitsklage aus § 1326 enthalten die §§ 629 Abs 1 und 632 Abs 1 ZPO. Für die Anwendung der §§ 171, 338 StGB (Art 34 V EG) ist zu bemerken, daß unter dem Schutze dieser **Strafvorschriften** stehen: a) Die aus einem andern Grunde als wegen Formmangels nichtige Ehe, b) die wegen Formmangels nichtige, aber in das Heiratsregister eingetragene Ehe, selbst wenn die Voraussetzungen, unter denen sie nach § 1324 Abs 2 nachträglich gültig werden kann, noch nicht erfüllt sind, c) die anfechtbare Ehe.

Die Gültigkeit der neuen Ehe hindert die Bestrafung wegen Doppelehe nicht.

§ 1327

Eine Ehe ist nichtig[1]), wenn sie zwischen Verwandten oder Verschwägerten dem Verbote des § 1310 Abs. 1[2]) zuwider geschlossen worden ist.

E I 1250 Nr 3 II 1233 M 4, 53 P 4, 23 ff.

1. Ein Fall der unvollkommenen Nichtigkeit (§ 1324 A 1).

2. Die Zuwiderhandlung gegen das Verbot des § 1310 Abs 1 zieht unheilbare Nichtigkeit nach sich. Es handelt sich hier um ein trennendes Ehehindernis (§ 1310 A 1; vgl. auch § 173 StGB).

§ 1328

Eine Ehe ist nichtig[1]), wenn sie wegen Ehebruchs nach § 1312[2]) verboten war. Wird nachträglich[3]) Befreiung von der Vorschrift des § 1312 bewilligt, so ist die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen.

E II 1234 M 4, 54 P 4, 29, 64.

1. Ein Fall der unvollkommenen Nichtigkeit (§ 1324 A 1).

2. Die Zuwiderhandlung gegen das Verbot des § 1312 ist straflos, zieht jedoch heilbare Nichtigkeit nach sich. Es handelt sich hier um ein trennendes Ehehindernis (§ 1312 A 1).

3. Die **Befreiung** kann sogar noch nach Eingehung der verbotswidrigen Ehe bewilligt werden. Ist diese Ehe aber zur Zeit der Bewilligung bereits aufgelöst oder für nichtig erklärt, so wirkt die Befreiung nicht. Dagegen wirkt die Befreiung, wenn nur auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt ist.

§ 1329

Die Nichtigkeit einer nach den §§ 1325 bis 1328 nichtigen Ehe kann, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden[1]). Das Gleiche gilt von einer nach § 1324 nichtigen Ehe, wenn sie in das Heiratsregister eingetragen worden ist.[2])[3])[4])

E I 1252 II 1235 M 4, 56 P 4, 53 ff., 6, 603.

1. **Geltendmachung der Nichtigkeit.** Eine mit dem Mangel der Nichtigkeit behaftete Ehe gilt nicht schon wegen dieses Mangels als eine nichtige Ehe, vielmehr bedarf es dazu, solange nicht die Ehe aufgelöst oder (aus einem Anfechtungsgrunde) für nichtig erklärt ist, der Nichtigkeitserklärung durch gerichtliches Urteil, das nach § 629 Abs 1 ZPO für und gegen alle wirkt. Die einzige Ausnahme bildet die nicht in das Heiratsregister eingetragene, nach § 1324 Abs 1 wegen Formmangels nichtige Ehe (Fall der vollkommenen Nichtigkeit, § 1324 A 1). Von dieser Ausnahme abgesehen, ist eine nichtige Ehe solange als eine gültige zu behandeln, bis sie auf erhobene Nichtigkeitsklage durch Urteil für nichtig erklärt worden ist und das Urteil bei Lebzeiten der Ehegatten die Rechtskraft erlangt hat. Dann aber ist die Ehe als überhaupt nicht geschlossen anzusehen. Die Nichtigkeitserklärung hat nur die Bedeutung, daß sie die wahre Beschaffenheit der Ehe aufdeckt. Die Nichtigkeit einer nichtigen Ehe kann, nachdem diese durch Tod oder Scheidung aufgelöst ist, von jedem Beteiligten ohne Erhebung der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden, sei es durch Einrede, sei es durch Erhebung einer Feststellungsklage (keine Ehesache). Vgl. § 230 ZPO, RG JW 08, 202[20]. — Eine nichtige Ehe ist bis zu ihrer Nichtigkeitserklärung oder Auflösung geeignet, ein Schwägerschaftsverhältnis des einen Ehegatten mit den Verwandten des andern zu begründen, RGSt 41, 116.

2. **Verfahren.** Da die Frage, ob eine Ehe nichtig sei, aus öffentlichen Rücksichten (Aufrechterhaltung gültiger Ehen, Ausschließung der Parteiwillkür, Verhütung widersprechender Urteile) einer sorgfältigen Prüfung bedarf, so ist das Nichtigkeitsverfahren mit besonderen Bürgschaften für die Ermittelung der Wahrheit und mit Wirkung für und gegen alle ausgestattet (vgl. namentlich §§ 631—637, 151 ZPO).

3. **Unvererblichkeit der Nichtigkeitsklage.** Stirbt einer der Ehegatten während des Nichtigkeitsstreites vor der Rechtskraft des Urteils, so ist der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen (§ 628 ZPO). Auf die Erben geht die Nichtigkeitsklage nicht über. Hat aber ein Dritter, für den von der Nichtigkeit der Ehe ein Recht oder von der Gültigkeit der Ehe eine Verpflichtung abhängt, die Nichtigkeitsklage erhoben, so können seine Erben wegen dieser Rechtsfolgen den Rechtsstreit aufnehmen (M 4, 60), der dann aufhört, Ehesache zu sein.

4. Eine **Verjährung** der Nichtigkeitsklage gibt es nicht. Die Bestimmung des § 1324 Abs 2 steht unter andern Gesichtspunkten. Ebensowenig gibt es eine dem § 1571 Abs 2 entsprechende Aufforderung zur Erhebung der Nichtigkeitsklage.

§ 1330

Eine Ehe kann nur[1]) in den Fällen der §§ 1331 bis 1335 und des § 1350 angefochten werden.

E I 1259 II 1238 M 4, 71 P 4, 74.

1. Die §§ 1331—1335 und 1350 führen erschöpfend die Fälle auf, in denen eine **Ehe angefochten** werden kann. Andere Anfechtungsgründe gibt es nicht. Die Anfechtungsgründe beruhen wesentlich auf persönlichen Rücksichten (§ 1323 A 1). Wird die Anfechtung für begründet erachtet, so ist im Urteil auszusprechen, daß die Ehe nichtig sei.

§ 1331

[1])Eine Ehe kann von dem Ehegatten[2]) angefochten werden[3]), der zur Zeit der Eheschließung oder im Falle des § 1325 zur Zeit der Bestätigung in

der Geschäftsfähigkeit beschränkt[4]) war, wenn die Eheschließung oder die Bestätigung ohne Einwilligung[5]) seines gesetzlichen Vertreters[6]) erfolgt ist[7])[8]).

E I 1259 Nr 4, 1261 Nr 4 II 1239 M 4, 71, 80, 86 P 4, 72 ff., 79, 81, 90.

1. **Zweck und Bedeutung der Vorschrift.** Die Vorschrift bezweckt nicht nur den Schutz des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten selbst vor ausbeuterischer Verleitung zur Eheschließung, sondern auch den Schutz seiner Familie, die durch Eingehung einer unpassenden Ehe stark in Mitleidenschaft gezogen werden kann. Die Vorschrift schließt sich an § 108 Abs 1 an, wonach, wenn ein Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einen Vertrag schließt, die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des Vertreters abhängt. Dieser Grundsatz ist im § 1331 jedoch mit Rücksicht darauf, daß der bei Verträgen eintretende Schwebezustand mit dem Wesen der Ehe nicht verträglich wäre, in der Form der Anfechtbarkeit zur Anwendung gelangt. Die ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossene, sowie die im Falle des § 1325 ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bestätigte nichtige Ehe sind anfechtbar. Es handelt sich also hier um trennende Ehehindernisse. Zur Bestätigung einer anfechtbaren Ehe bedarf der anfechtungsberechtigte Ehegatte der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nicht (§ 1337 A 2).

2. **Anfechtungsberechtigt** ist der Ehegatte, der zur Zeit der Schließung oder Bestätigung der Ehe in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war. Solange dieser aber in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, kann nur sein gesetzlicher Vertreter die Ehe anfechten (§ 1336 Abs 2 Satz 2). Ersterem mangelt solange die Prozeßfähigkeit (§ 612 Abs 1 ZPO).

3. Über Ausschließung der Anfechtung vgl. § 1337.

4. Wer in der **Geschäftsfähigkeit beschränkt** ist (§§ 6, 106, 114, 1906 BGB), bedarf nach § 1304 zur Eingehung einer Ehe der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.

5. **Einwilligung** § 1304 A 3.

6. **Gesetzlicher Vertreter** § 1304 A 4.

7. Der Anfechtungsgrund des § 1331 liegt auch dann vor, wenn zwischen einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person und ihrem gesetzlichen Vertreter oder einem Abkömmlinge des letzteren eine Ehe geschlossen wird, ohne daß ein zu diesem Zwecke bestellter Pfleger seine Einwilligung zu der Eheschließung erteilt.

8. Beginn der Anfechtungsfrist §§ 1339 Abs 2, 3; § 206.

§ 1332

[1])Eine Ehe kann von dem Ehegatten[2]) angefochten werden[3]), der bei der Eheschließung nicht gewußt[4]) hat, daß es sich um eine Eheschließung handle[5]), oder dies zwar gewußt hat, aber eine Erklärung, die Ehe[6]) eingehen zu wollen, nicht hat abgeben wollen[7]).

E I 1259 Nr 2 1261 Nr 2 II 1240 M 4, 78, 86 P 4, 72 ff.

1. **Eheanfechtungsgründe.** Die Eheschließung erfordert den Willen der Verlobten, die Ehe miteinander einzugehen. Dieser Wille muß vor einem Standesbeamten erklärt werden. Stimmt die Erklärung mit dem Willen nicht überein und beruht dieser Zwiespalt auf einem Irrtume des Erklärenden, so kann die Ehe unter den Voraussetzungen der §§ 1332, 1333 angefochten werden. Die §§ 1332, 1333 zählen erschöpfend die Fälle auf, in denen die Ehe wegen Irrtums angefochten werden kann. Die in den §§ 116—118 ausgesprochenen Grundsätze über die Nichtigkeit der Willenserklärungen im Falle des Geheimvorbehalts, Scheines und Scherzes finden auf die Eheschließung keine Anwendung. Das Gesetz verlangt für die Eheschließung die Beobachtung gewisser Formvorschriften und geht davon aus, daß der Eheschließungswille fehlerlos vorhanden ist, wenn diese Vorschriften beobachtet sind. Ein Gegenbeweis ist nur im Rahmen der §§ 1332, 1333 zulässig. Mehr als die in den §§ 1332, 1333 bezeichneten Voraussetzungen braucht nicht vorzuliegen. Im Falle des § 1332 ist die Anfechtbarkeit der Ehe nicht von dem Beweise abhängig, daß der irrende Ehegatte bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Wesens der Ehe den Eheschließungswillen nicht erklärt haben würde.

2. **Anfechtungsberechtigt** ist der Ehegatte, der geirrt hat, nicht der andere Ehegatte oder ein Dritter. Wegen der Anfechtung durch einen Vertreter vgl. § 1336.

3. Über Ausschließung der Anfechtung vgl. § 1337.

4. Verschuldete **Unkenntnis** steht der unverschuldeten gleich. Mangel des Wissens, nicht Mangel des Bewußtseins (§ 1325) wird vorausgesetzt.

5. Ein solcher Irrtum kann am ehesten bei Tauben, Stummen, Taubstummen und solchen Personen, die der Sprache des Standesbeamten nicht mächtig sind, vorkommen. Vorausgesetzt wird, daß der irrende Ehegatte nicht gewußt hat, daß es sich um Schließung einer Ehe zwischen ihm, dem Irrenden, und dem andern anwesenden Eheschließenden

handelt. Die Fälle der sogenannten Personenverwechselung (§ 1333) gehören nicht hierher, können aber mit den Fällen des § 1332 zusammenfallen (vgl. A 7).

6. Nämlich die Ehe des irrenden mit dem andern anwesenden Verlobten (vgl. A 5).

7. Beginn der Anfechtungsfrist § 1339 Abs 2, 3, § 206. Die Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen des § 1332 vorliegen, trifft den anfechtenden Ehegatten.

§ 1333

[1])Eine Ehe kann von dem Ehegatten[2]) angefochten werden[3]), der sich bei der Eheschließung in der Person des andern Ehegatten[4]) oder über solche persönliche Eigenschaften[5]) des andern Ehegatten geirrt[6]) hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe[7]) von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden[8])[9]).

E I 1259 Nr 1 1261 Nr 1 II 1241 M 4, 73 ff. P 4, 72 ff. 78, 81, 6, 270.

1. Der § 1333 regelt den Einfluß, den der **Irrtum im Beweggrunde** auf die Gültigkeit der Eheschließung äußert (RG 52, 308; RG JW 04, 114[13]); vgl. auch die allgemeinen Bemerkungen in A 1 zu § 1332). Entstehungsgeschichte: Der Entw I hatte den Irrtum in persönlichen Eigenschaften überhaupt nicht als Anfechtungsgrund zugelassen, dagegen die Anfechtung unter dem Gesichtspunkte des Betruges gestattet, wenn solche persönlichen Eigenschaften verhehlt worden waren, welche den Ehegatten bei verständiger Würdigung des Zweckes der Ehe von der Eheschließung abhalten mußten, und von welchen zugleich vorauszusetzen war, daß sie ihn, wenn er sie gekannt hätte, von der Eheschließung abgehalten haben würden (§ 1259 Nr 1 und 2). Dadurch anerkannte der Entw I in gewissem Umfange eine Offenbarungspflicht der Eheschließenden untereinander. Demgegenüber war in der 2. Kommission von verschiedenen Seiten beantragt worden, in Fällen dieser Art die Anfechtung der Ehe aus dem Gesichtspunkte eines wesentlichen Irrtums ohne Rücksicht darauf zuzulassen, ob die persönlichen Eigenschaften des andern Teils von diesem verhehlt worden sind. Die Mehrheit stimmte diesen Vorschlägen zu (Prot 4, 75). Außerdem wurde der Entw I noch in andern Beziehungen geändert. Man war nämlich auch darin einverstanden, daß es nicht auf solche Eigenschaften ankommen solle, welche den Anfechtenden von der Eheschließung abhalten mußten, sondern darauf, daß die Eigenschaften den Umständen nach geeignet waren, ihn abzuhalten (Prot 4, 76). Demgemäß erhielt der Entwurf diejenige Fassung, welche das Gesetz gegenwärtig aufweist. Ferner wurde statt der Worte: „bei verständiger Würdigung des Zweckes der Ehe" gesetzt: „bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe".

2. Anfechtungsberechtigt ist der Ehegatte, der geirrt hat, nicht der andere Ehegatte oder ein Dritter. Wegen der Anfechtung durch einen Vertreter vgl. § 1336.

3. Über Ausschließung der Anfechtung vgl. § 1337.

4. Irrtum in der **Person des andern Ehegatten** kann am leichtesten bei Blinden, Tauben und Stummen vorkommen. Bei der Frage, mit welcher Person der Verlobte die Ehe hat eingehen wollen, kommt es auf das an, was die Person eines Menschen ausmacht. Nicht nur die äußere körperliche Erscheinung, sondern auch der Personenstand können hierbei eine Rolle spielen. Hierher gehört auch der Fall, wenn sich ein Verlobter unzulässigerweise bei der Eheschließung vertreten läßt und der andere Verlobte die Ehe mit dem Vertretenen zu schließen meint.

5. Persönliche Eigenschaften. Das Wort „Eigenschaft", das der § 1333 gebraucht, paßt auf jede Art der Beschaffenheit, die einem Wesen (Person oder Ding) als Merkmal anhaftet. Als „persönliche" aber muß eine Eigenschaft gelten, wenn sie einer Person, und zwar nicht bloß als ein außer ihr Liegendes, mehr oder weniger Vorübergehendes und Zufälliges, sondern dergestalt wesentlich zukommt, daß sie als Ausfluß und Betätigung ihres eigentlichen Wesens, als ein wesentlicher Bestandteil ihrer Persönlichkeit erscheint (RG 52, 310, Päderast; RG JW 06, 167[11]). Je nachdem die persönlichen Eigenschaften mit der Körperbeschaffenheit, den geistigen oder sittlichen Anlagen einer Person zusammenhängen, kann man sie in körperliche, geistige und sittliche einteilen. Jede Art persönlicher Eigenschaft ist an sich geeignet, Gegenstand des Irrtums zu sein. In dieser Beziehung enthält das Gesetz keine Beschränkung. Verschieden von den persönlichen Eigenschaften sind die **persönlichen Verhältnisse**, namentlich die Vermögensverhältnisse eines Ehegatten (§ 1334 Abs 2; RG JW 02 Beil 285[239], JW 03 Beil 70[163]). Persönliche Eigenschaften sind z. B. folgende: a) körperliche: alt, krank, gebrechlich, weiblich, männlich, zeugungsfähig, beiwohnungsfähig, keusch, jungfräulich, schwanger, unfruchtbar; b) geistige: geisteskrank, geistesschwach, ungebildet; c) sittliche: geschlechtlich bescholten, ehrlos, arbeitsscheu, trunksüchtig, verschwenderisch, zank- und streitsüchtig.

So wird die Ehe mit Recht angefochten, wenn der Mann bei der Eheschließung syphilitisch krank ist (RG JW 04, 284[2]), ferner wenn er viele Jahre vor der Ehe an Syphilis erkrankt war und Zeichen der Erkrankung noch bis in die neueste Zeit vor Eingehung der Ehe auftauchten (RG JW 05, 175[18]), ferner, wenn der Mann dauernd unfähig ist, den Beischlaf zu vollziehen (RG JW 06, 167[11], 355[16]). Dagegen ist in RG JW 06, 389[15] Zeugungsunfähigkeit des Mannes (bei vorhandener Beiwohnungsfähigkeit) mit Recht nicht als Anfechtungsgrund anerkannt worden. Ebensowenig gibt Unfruchtbarkeit der Frau einen Anfechtungsgrund ab. Irrtum des Mannes über den Mangel der Jungfernschaft seiner zuvor nicht verheiratet gewesenen Frau begründet das Anfechtungsrecht (RG 48, 159). Irrtum der Frau darüber, daß der Mann früher mehrmals verlobt gewesen, daß er Vater eines vor der Ehe erzeugten unehelichen Kindes und zu dessen Unterhaltung verpflichtet ist, begründet kein Anfechtungsrecht (RG JW 02 Beil 285[239]), jedoch kann ein vorehelicher Ehebruch die Anfechtung rechtfertigen (RG JW 02 Beil 215; RG JW 04, 204[16]; 07, 3[1]). Sittliche Bescholtenheit wegen früher betriebener Päderastie begründet die Anfechtung (RG 52, 310), ebenso Hang zur fortgesetzten Begehung von Betrügereien (RG JW 05, 532[14]), vorehelicher vertrauter Umgang mit einem alten Lüstling in der Absicht, Geldvorteile herauszuschlagen (RG JW 07, 257[17]). Vor der Ehe erlittene Strafen können die Anfechtung begründen, zumal wenn es sich um schwere oder entehrende oder sehr häufige Strafen handelt (RG 21. 11. 07 IV 154/07). Einmalige Bestrafung eines Lehrers mit mehrjähriger Gefängnishaft wegen zahlreicher unsittlicher Handlungen mit Schulmädchen kann als ein seiner Person anhaftender Makel angesehen werden (RG 4. 4. 10 IV 476/09). Vor der Ehe begangene Straftaten können die Anfechtung auch dann begründen, wenn die Bestrafung erst während der Ehe eintritt (RG 51, 340). Eine vorübergehende Geistes- oder Gemütsstörung oder eine bloße Anlage zur Geisteskrankheit stellt sich nicht als eine persönliche Eigenschaft im Sinne des § 1333 dar, ebensowenig eine bloße geistige Minderwertigkeit, dagegen wohl eine dauernde Störung der geistigen Fähigkeiten (RG Warn 08 Nr 323). Keine persönliche Eigenschaft ist es, wenn in Anbetracht mehrerer in der Verwandtschaft des Ehegatten vorgekommener Fälle geistiger Erkrankung nur die unbestimmte Besorgnis vorliegt, auch bei dem Ehegatten werde künftig Geisteskrankheit ausbrechen. Selbst eine feststellbare persönliche Veranlagung zur Geisteskrankheit stellt noch nicht eine persönliche Eigenschaft dar (RG 24. 2. 10 IV 230/09). Eine bloß gelegentliche Verfehlung vor der Ehe begründet noch nicht die Annahme einer persönlichen Eigenschaft (RG JW 07, 258[17]; RG 22. 11. 09 IV 509/09). Keine persönliche Eigenschaft des Bräutigams liegt darin, daß sein zur Zeit der Verlobung verstorbener Vater vor Jahren wegen Meineids bestraft worden ist. Das Verschweigen der Tatsache kann aus dem Gefühle kindlicher Ehrfurcht gerechtfertigt sein, aber unter Umständen auf einen hohen Grad von Unwahrhaftigkeit als eine persönliche Eigenschaft im Sinne des § 1333 schließen lassen oder sogar eine arglistige Täuschung (§ 1334) enthalten (RG 14. 4. 10 IV 328/09).

6. **Irrtum.** Der Anfechtungsgrund setzt voraus, daß dem anfechtenden Ehegatten bei der Eheschließung die wahre Sachlage unbekannt war. Hinsichtlich der Unkenntnis als einer klagebegründenden Behauptung trifft ihn die Darlegungspflicht. Nicht erforderlich ist, daß der andere Ehegatte die fragliche persönliche Eigenschaft dem anfechtenden Ehegatten verhehlt oder ihn darüber arglistig getäuscht hat. Die Anwendung des § 1333 ist natürlich nicht ausgeschlossen, wenn der Irrtum durch arglistige Täuschung hervorgerufen wurde. Eine Pflicht zur Offenbarung persönlicher Eigenschaften entspräche wohl dem beiderseits entgegenzubringenden Vertrauen, ist aber vom Gesetze nicht aufgestellt. Sogar wenn der Ehegatte seinen die Anfechtung veranlassenden Fehler nicht gekannt hat, ist die Anfechtung zulässig, ebenso dann, wenn die Unkenntnis des anfechtenden Ehegatten auf eigener Fahrlässigkeit beruht hat. — Unter Brautleuten besteht kein rechtlicher Zwang zur Offenbarung persönlicher Eigenschaften. Jeder Teil muß aber mit dem Anfechtungsrechte des andern rechnen. Der gute Glaube, der andere Teil werde an der ihm verschwiegenen, persönlichen Eigenschaft keinen Anstoß nehmen, beeinträchtigt das Anfechtungsrecht nicht (RG 10. 1. 10 IV 262/09).

7. Das Wesen der Ehe steht zwar unwandelbar fest und ist für jedermann gleich, kann aber verschieden gewürdigt werden. Das Gesetz verlangt eine **verständige Würdigung des Wesens der Ehe** und will damit alle willkürlichen, der persönlichen Laune und Stimmung entsprungenen Anfechtungsgelüste abwehren und die Anfechtungsansprüche auf das durch die Ehe als einer vorwiegend sittlichen Einrichtung gebotene Maß zurückführen. Es handelt sich hier also um einen sachlichen Maßstab (RG JW 03 Beil 70[163]; JW 04, 114[13], RG 7. 1. 09 IV 193/08; RG 10. 6. 09 IV 409/08). Eine verständige Würdigung darf die alltägliche Lebenserfahrung, daß gewisse Enttäuschungen über Charaktereigenschaften des andern Teils kaum ganz ausbleiben werden, nicht unbeachtet lassen (RG JW 03 Beil 70[163]).

8. Ob die persönliche Eigenschaft des einen Ehegatten den irrenden Ehegatten **von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würde,** läßt sich nur unter Berücksichtigung der

zur Zeit der Eheschließung obwaltenden Verhältnisse, sowie der persönlichen Denk- und Empfindungsweise des irrenden Ehegatten beurteilen. Es handelt sich hier um einen persönlichen Maßstab (RG JW 04, 114[13]). Muß schon nach diesen höchstpersönlichen Voraussetzungen verneint werden, daß die Kenntnis der Eigenschaft jene Wirkung auf den irrenden Ehegatten geäußert haben würde, so ist die Anfechtung versagt. In diesem Falle ist es gleichgültig, ob das Wesen der Ehe eine verständige Würdigung bei dem irrenden Ehegatten gefunden hat oder nicht, denn dieser Zusatz bezweckt die Einengung, nicht die Erweiterung des Anfechtungsrechts. — Bei der Anfechtungsklage gibt das Verhalten, das der Ehegatte nach der Vorstellung des Richters vor Eingehung der Ehe beobachtet haben würde, den Ausschlag, nicht sein späteres Verhalten (RG 4. 4. 10 IV 476/09).

9. Beginn der Anfechtungsfrist § 1339 Abs 2, 3, § 206. Die Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen des § 1333 vorliegen, trifft den anfechtenden Ehegatten.

§ 1334

[1])Eine Ehe kann von dem Ehegatten[2]) angefochten werden[3]), der zur Eingehung der Ehe durch arglistige Täuschung[4]) über solche Umstände[5]) bestimmt[6]) worden ist, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe[7]) von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden[8]). Ist die Täuschung nicht von dem andern Ehegatten verübt worden, so ist die Ehe nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung bei der Eheschließung gekannt[9]) hat.

Auf Grund einer Täuschung über Vermögensverhältnisse findet die Anfechtung nicht statt[10])[11]).

E I 1259 Nr 1, 1261 Nr 1 II 1242 M 4, 72 P 4, 72, 76, 81.

1. Der § 1334 Abs 1 entspricht den im § 123 Abs 1, 2 aufgestellten, die **Anfechtung** von Willenserklärungen betreffenden Grundsätzen, jedoch mit wesentlichen Abweichungen. Vom § 1333 unterscheidet sich der § 1334 hauptsächlich dadurch, daß es sich dort (abgesehen vom Irrtum in der Person) um persönliche Eigenschaften des andern Ehegatten, hier um Umstände, dort um Irrtum, hier um arglistige Täuschung handelt.

2. **Anfechtungsberechtigt** ist der getäuschte Ehegatte, nicht der andere Ehegatte oder ein Dritter. Wegen der Anfechtung durch einen Vertreter vgl. § 1336.

3. Über Ausschließung der Anfechtung vgl. § 1337.

4. **Arglistige Täuschung** liegt vor, wenn bei dem irrenden Ehegatten die falsche Vorstellung durch arglistiges Verhalten eines andern hervorgerufen worden ist. Das arglistige Verhalten kann sowohl in der absichtlichen Vorspiegelung falscher Umstände, als auch in der absichtlichen Entstellung oder Unterdrückung wahrer Umstände bestehen. Der Täuschende muß den Vorsatz haben, durch die Täuschung den Getäuschten zur Eheschließung zu bestimmen. Die Anfechtung ist auch dann zulässig, wenn der getäuschte Ehegatte fahrlässig gehandelt hat. — Arglistig ist das Verhalten eines Verlobten schon dann, wenn er in berechnender Weise auf die Möglichkeit hin, daß die Eheschließung sonst nicht zustande kommen werde, geflissentlich von der Mitteilung einer Tatsache (z. B. einer schweren Bestrafung seines verstorbenen Vaters) absieht (RG 14. 4. 10 IV 328/09).

5. **Umstände** aller Art, nur nicht die Vermögensverhältnisse können in Betracht kommen. Beispiele: Der Mann spiegelt der Frau vor, er habe die zu einem gewissen Beruf erforderlichen Prüfungen bestanden, oder sein im Auslande befindlicher Wohnsitz sei im Inlande. Auch Vorbestrafungen können in Betracht kommen.

6. Die Eingehung der Ehe muß also im **ursächlichen Zusammenhange** mit der Täuschung stehen.

7. Über **verständige Würdigung des Wesens der Ehe** vgl. § 1333 A 7.

8. Für die Frage, ob die fraglichen Umstände den Ehegatten **von der Eheschließung abgehalten** hätten, gilt das in A 8 zu § 1333 Gesagte.

9. Dem **Kennen** ist das Kennenmüssen (§ 122) nicht gleichgestellt. Abweichung von § 123 Abs 2.

10. Geht die **Täuschung über Vermögensverhältnisse** von dem Ehegatten aus, so kann die Anfechtung aus § 1333 gegeben sein, wenn die Art der Täuschung und der gewählten Täuschungsmittel auf vollkommene Verlogenheit und Ehrlosigkeit des Täuschenden schließen läßt (RG JW 03 Beil 70[163]). Über die Möglichkeit, den Abschluß einer Ehe als Mittel zur Erreichung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils zu mißbrauchen (Streben nach einer reichen Heirat) vgl. RGSt 34, 85.

11. Beginn der Anfechtungsfrist § 1339 Abs 2, § 203. Die Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen des § 1334 vorliegen, trifft den anfechtenden Ehegatten. Wegen Bestrafung des täuschenden Ehegatten vgl. § 170 StGB.

§ 1335

[1])Eine Ehe kann von dem Ehegatten[2]) angefochten werden[3]), der zur Eingehung der Ehe widerrechtlich[4]) durch Drohung[5]) bestimmt[6]) worden ist.[7])

E I 1259 Nr 1, 1261 Nr 1 II 1243 M 4, 71, 86 P 4, 72 ff., 81.

1. Der § 1335 entspricht dem im § 123 Abs 1 aufgestellten, **die Anfechtung** von Willenserklärungen betreffenden Grundsatze. Im § 1335 wird die Anfechtung wegen Drohung behandelt. Dazu gehört auch die Drohung mit Gewalt (A 5). Unmittelbare Gewaltanwendung zur Eingehung einer Ehe erscheint bei der Gestaltung der Eheschließungshandlung ausgeschlossen. Vorkommendenfalls würde die Eheschließungserklärung wegen unwiderstehlichen Zwanges nichtig oder aus § 1332 Halbs 2 anfechtbar sein.

2. **Anfechtungsberechtigt** ist der bedrohte Ehegatte, nicht der andere Ehegatte oder ein Dritter. Wegen der Anfechtung durch einen Vertreter vgl. § 1336.

3. Wegen Ausschließung der Anfechtung vgl. § 1337.

4. **Widerrechtlich** kann die Drohung schon wegen der Beschaffenheit des angedrohten Übels z. B. eines Verbrechens sein. Auch wenn der Drohende zur Vornahme der angedrohten Handlung (z. B. Enterbung) berechtigt ist, kann die Drohung widerrechtlich sein. Das Verlöbnis gibt kein Recht, die Eingehung der Ehe durch Drohung zu erzwingen. Wer sich aus Dankbarkeit oder Ehrfurcht zur Eingehung der Ehe bestimmen läßt, handelt überhaupt nicht unter dem Einflusse eines widerrechtlichen Zwanges.

5. **Drohung** liegt vor, wenn dem künftigen Ehegatten ein Übel in Aussicht gestellt wird, das geeignet ist, die freie Willensbestimmung des Bedrohten in bezug auf seinen Entschluß, die Ehe einzugehen, ganz oder zum Teil auszuschließen. Die Drohung kann sowohl von dem andern Ehegatten als auch einem Dritten ausgehen, in der Androhung von Gewalt oder eines Verbrechens oder eines sonstigen Übels bestehen und durch Worte oder Gebärden bewirkt werden. Der Drohende muß den Vorsatz haben, den Bedrohten zur Eheschließung zu bestimmen. Ist die Drohung von einem Dritten verübt worden, so kommt es nicht darauf an (wie im Falle der Täuschung durch einen Dritten, § 1334), daß der andere Ehegatte bei der Eheschließung die Drohung gekannt hat.

6. Die Eingehung der Ehe muß also im ursächlichen Zusammenhange mit der Drohung stehen.

7. Beginn der Anfechtungsfrist § 1339 Abs 2, § 203. Die Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen des § 1335 vorliegen, trifft den anfechtenden Ehegatten. Wegen Bestrafung des Entführers vgl. §§ 236, 238 StGB, Art 34 IX EG.

§ 1336

Die Anfechtung[1]) der Ehe kann nicht durch einen Vertreter[2]) erfolgen. Ist der anfechtungsberechtigte Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters[3]).

Für einen geschäftsunfähigen Ehegatten kann sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts[4]) die Ehe anfechten. In den Fällen des § 1331 kann, solange der anfechtungsberechtigte Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, nur[5]) sein gesetzlicher Vertreter die Ehe anfechten[6]).

E I § 1265 Satz 1, 3 II 1246 Abs 1 M 4, 94 P 4, 84 ff.

1. **Anfechtung** mittels Klage (§ 1341) oder mittels Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte (§ 1342).

2. Die Entschließung darüber, ob von dem Anfechtungsrechte Gebrauch zu machen sei, gebührt wegen der höchstpersönlichen Natur der Ehe dem anfechtungsberechtigten Ehegatten selbst. Eine **Vertretung** in dieser Entschließung ist grundsätzlich ausgeschlossen. Weder der gesetzliche Vertreter noch ein freiwillig bestellter Vertreter können über den Gebrauch des Anfechtungsrechts beschließen. Dagegen kann der anfechtungsberechtigte Ehegatte seinen Willen, die Ehe anzufechten, durch einen Vertreter erklären und zur Ausführung bringen. Wegen Erteilung der Vollmacht für den Rechtsstreit vgl. § 613 ZPO.

3. Die Vorschriften des Abs 1 gelten auch für die Bestätigung (§ 1337 Abs 3).

4. Vgl. §§ 35 ff. FGG und Art 147 EG. Dem Ermessen des **Vormundschaftsgerichts** sind zwar keine Schranken gesteckt. Wäre aber anzunehmen, daß der anfechtungsberechtigte Ehegatte selbst die Ehe nicht anfechten würde, so müßte dieser Umstand bei der höchstpersönlichen Natur des Anfechtungsrechtes zur Versagung der Genehmigung führen.

5. Soweit nur der gesetzliche Vertreter die Ehe anfechten kann, ist der Ehegatte selbst prozeßunfähig (§ 612 Abs 1 ZPO). Der Vertreter kann die Anfechtung auch gegen den Willen des in der **Geschäftsfähigkeit beschränkten** Ehegatten vornehmen. Einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf es nicht, jedoch hat der Vertreter selbstverständlich das Wohl des Vertretenen zur Richtschnur seines Handelns zu nehmen.

6. Der **gesetzliche Vertreter** eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten kann dadurch, daß er die Anfechtungsfrist unbenutzt verstreichen läßt oder die Ehe genehmigt, diese zu einer unanfechtbaren machen. Ist dagegen zur Zeit des Eintritts der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit die Anfechtungsfrist (nach § 1339 Abs 2 seit Kenntnis des gesetzlichen Vertreters von Eingehung der Ehe gerechnet) noch nicht abgelaufen und hat der gesetzliche Vertreter die Ehe nicht genehmigt, so kann der nunmehr geschäftsfähig gewordene Ehegatte die Ehe innerhalb des Restes der Frist selbständig anfechten (§ 1339 A 3).

§ 1337

[1])Die Anfechtung der Ehe ist in den Fällen des § 1331 ausgeschlossen, wenn der gesetzliche Vertreter die Ehe genehmigt[2]) oder der anfechtungsberechtigte Ehegatte, nachdem er unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, die Ehe bestätigt[2]). Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund, so kann die Genehmigung, wenn sie von ihm verweigert[3]) wird, auf Antrag des Ehegatten[4]) durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden[5]); das Vormundschaftsgericht hat die Genehmigung zu ersetzen, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe im Interesse des Ehegatten[6]) liegt.

In den Fällen der §§ 1332 bis 1335 ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn der anfechtungsberechtigte Ehegatte nach der Entdeckung des Irrtums[7]) oder der Täuschung oder nach dem Aufhören der Zwangslage die Ehe bestätigt.

Die Vorschriften des § 1336 Abs. 1 gelten auch für die Bestätigung[8]).

E I 1263 Abs 1, 3 II 1244, 1246 Abs 3 M 4, 90 P 4, 82 6, 270.

1. Der § 1337 behandelt die Fälle, in denen das **Recht zur Anfechtung** der Ehe durch Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (bezw. des Vormundschaftsgerichts) oder Bestätigung des anfechtungsberechtigten Ehegatten **ausgeschlossen** wird. Er entspricht dem § 144. Weitere Ausschließungsgründe enthalten die §§ 1338, 1339 BGB und der § 616 ZPO. Da Genehmigung und Bestätigung den Sinn haben, daß sie das Einverständnis mit Aufrechterhaltung und Fortsetzung der Ehe ausdrücken, so muß das Genehmigungs- und Bestätigungsrecht naturgemäß mit dem Tode des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten erlöschen. § 1338 steht nicht entgegen. Ebensowenig kann eine Ehe, nachdem sie angefochten und für nichtig erklärt worden ist, genehmigt oder bestätigt werden (§ 1341 Abs 2 Satz 2). Ausgeschlossen ist immer nur der Anfechtungsgrund, auf den sich die Genehmigung oder Bestätigung bezieht.

2. Genehmigung und Bestätigung sind einseitige Rechtsgeschäfte, bedürfen keiner Form und unterliegen, soweit sich nicht aus dem Wesen der Ehe Abweichungen ergeben, den allgemeinen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte, insbesondere auch hinsichtlich der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte. Eine **Bestätigung** der anfechtbaren Ehe liegt vor, wenn der zur Anfechtungsklage berechtigte Ehegatte mit Kenntnis des den Anfechtungsgrund erfüllenden Tatbestandes seinen Willen, die Ehe fortzusetzen, irgendwie zum Ausdrucke bringt. Dies kann auch stillschweigend, z. B. durch Beischlafsvollziehung, geschehen. Vgl. RG 10. 4. 05 IV 572/04. Die Bestätigung einer anfechtbaren Ehe braucht nicht wie die Bestätigung einer nichtigen Ehe (§ 1325 A 5) dem andern Ehegatten gegenüber vorgenommen zu werden. Eines Beweises dafür, daß der Ehegatte sich seiner Anfechtungsbefugnis bewußt gewesen sei, bedarf es nicht. Das Wesen der Ehe muß als dem anfechtungsberechtigten Ehegatten bekannt vorausgesetzt werden. Wer z. B. irrtümlich statt seine Braut deren Schwester geheiratet hat (Fall des § 1333) und den ehelichen Geschlechtsverkehr nach Entdeckung des Irrtums fortsetzt, bestätigt die Ehe und kann sich nicht damit entschuldigen, daß er die Anfechtbarkeit der Ehe nicht gekannt habe. In gewissen Fällen darf davon ausgegangen werden, daß mit der Kenntnis der die Anfechtung begründenden Tatsache ohne weiteres die

Kenntnis der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts gegeben sei, z. B. im Falle arglistiger Täuschung (RG 68, 401). Ein solches Zusammenfallen der Kenntnis des Anfechtungsgrundes mit der Kenntnis des Anfechtungsrechtes hat das Reichsgericht für alle Fälle der Anfechtung einer Ehe wegen Irrtums angenommen (RG 69, 410). Bei der Anfechtungsklage gibt es keine Verzeihung im Sinne des § 1570 (RG 4. 4. 10 IV 476/09). Genehmigung und Bestätigung sind unwiderruflich. Sie können auch unter einer Bedingung (RG 44, 147) oder einer Zeitbestimmung erklärt werden. Die Wirkung der Genehmigung und der Bestätigung besteht darin, daß die Anfechtung der Ehe (aus dem Grunde, auf den sich die Genehmigung oder Bestätigung bezieht) ausgeschlossen wird. So ist, wenn der gesetzliche Vertreter eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten die Ehe einmal genehmigt hat, letzterer auch, nachdem er unbeschränkt geschäftsfähig geworden, nicht mehr berechtigt, aus ebendemselben Grunde die Ehe anzufechten. Die Ehe ist als von Anfang an gültig anzusehen.

3. Nur bei **Verweigerung**, nicht bei Erteilung der Genehmigung durch den Vormund, kann das Vormundschaftsgericht angerufen werden.

4. Nämlich **auf Antrag des** anfechtungsberechtigten **Ehegatten**, der hierzu, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nicht bedarf (Abs 3).

5. **Ersetzung durch das Vormundschaftsgericht** FGG §§ 35 ff. und Art 147 EG.

6. Nämlich im Interesse des anfechtungsberechtigten Ehegatten.

7. **Entdeckung des Irrtums** vgl. § 1339 A 4.

8. In den Fällen der §§ 1332—1335 kann also (abweichend von dem Falle des § 1331) der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte die Ehe ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters **bestätigen.** Ein geschäftsunfähiger Ehegatte kann die Ehe nicht bestätigen, ebensowenig sein gesetzlicher Vertreter. Für einen geschäftsunfähigen Ehegatten kommt nur das Anfechtungsrecht aus § 1336 Abs 2 Satz 1 in Frage.

§ 1338

Die Anfechtung ist nach der Auflösung[1]) der Ehe ausgeschlossen[2]), es sei denn, daß die Auflösung durch den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten herbeigeführt worden ist[3]).

E I 1262 II 1245 M 4, 87 P 4, 81.

1. **Auflösung der Ehe** durch Tod, Scheidung oder Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung (§ 1348 Abs 2). Über Anbringung von Anfechtungsanträgen während Schwebens eines Scheidungsprozesses vgl. RG 59, 410 und § 1341 A 2.

2. Mit dem **Tode des anfechtungsberechtigten Ehegatten** erlischt das Anfechtungsrecht, eine Folge, die mit der persönlichen Natur dieses Rechtes zusammenhängt. Die Ehe wird unanfechtbar. Diejenigen Personen, welche im Falle der Nichtigkeit der Ehe Erben des anfechtungsberechtigten Ehegatten sein würden, sind nicht berechtigt, die Ehe anzufechten. Dies setzt aber voraus, daß der anfechtungsberechtigte Ehegatte die Ehe nicht schon bei Lebzeiten angefochten hat. Hat er die Anfechtungsklage zwar erhoben, jedoch nicht bis zur rechtskräftigen Entscheidung durchgeführt, so ist freilich nach § 628 ZPO infolge des Todes des anfechtenden Ehegatten der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen, aber die in der Erhebung der Anfechtungsklage liegende Anfechtung äußert ihre Wirkung über den Tod des Anfechtenden hinaus. Die Nichtigkeit der anfechtbaren und angefochtenen Ehe kann nun von jedem, der ein rechtliches Interesse daran hat, geltend gemacht werden (§ 1343 Abs 2). Der Beweis des Anfechtungsgrundes kann auf jede zulässige Art geführt werden. Einer förmlichen Nichtigkeitserklärung bedarf es nicht.

3. Mit dem **Tode des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten** erlischt das Anfechtungsrecht nicht. Die Anfechtung wird in diesem Falle gemäß § 1342 durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte bewirkt. Das Anfechtungsrecht kann namentlich in den Fällen der §§ 2077, 2268, 2279 (Testament und Erbvertrag) Bedeutung gewinnen. Hatte der anfechtungsberechtigte Ehegatte schon bei Lebzeiten des andern Ehegatten die Anfechtungsklage erhoben, aber noch nicht bis zur Rechtskraft des Urteils durchgeführt, so ist der Rechtsstreit nach § 628 ZPO in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen, und es ist nicht statthaft, daß der anfechtungsberechtigte Ehegatte den Rechtsstreit gegen die Erben des andern Ehegatten behufs Nichtigkeitserklärung der Ehe fortsetzt. Aber die in der Erhebung der Anfechtungsklage liegende Anfechtung äußert ihre Wirkung über den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten hinaus (RG 6. 3. 05 IV 589/04; hier mußte eine Ehefrau, die die Anfechtungsklage erhoben hatte, die im Testamente ihres Mannes für den Fall des Nichtbestehens der Ehe ausgesprochene Enterbung gegen sich gelten lassen, weil der Anfechtungsgrund gerechtfertigt war). Gleichgültig ist, ob der anfechtungsberechtigte Ehegatte den Anfechtungsgrund vor oder nach dem Tode des andern Ehegatten erfahren hat.

§ 1339

Die Anfechtung[1]) kann nur binnen sechs Monaten[2]) erfolgen.

Die Frist beginnt in den Fällen des § 1331 mit dem Zeitpunkt, in welchem die Eingehung oder die Bestätigung der Ehe dem gesetzlichen Vertreter bekannt wird oder der Ehegatte die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erlangt[3]), in den Fällen der §§ 1332 bis 1334 mit dem Zeitpunkt, in welchem der Ehegatte[4]) den Irrtum[5]) oder die Täuschung entdeckt, in dem Falle des § 1335 mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört.

Auf die Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 entsprechende Anwendung[6])[7]).

E I 1264 II 1247 M 4, 93 P 4, 82, 89, 6, 270.

1. Gleichviel, ob die **Anfechtung** mittels Klage (§ 1341) oder Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte (§ 1342) bewirkt wird.

2. Die **sechsmonatige Anfechtungsfrist** ist eine Ausschlußfrist. Mit ihrem Ablauf ist die Geltendmachung des Anfechtungsgrundes ausgeschlossen. Die Ehegatten können weder die Verlängerung der Frist vereinbaren, noch auf ihre Geltendmachung verzichten. Die Ausschließung ist von Amts wegen zu beachten (RG JW 06, 355[16]). Für die Berechnung der Frist sind die § 187 Abs 1, § 188 Abs 2 maßgebend. Mit Erhebung der Scheidungsklage werden nicht nur alle Scheidungsgründe, sondern auch alle Anfechtungsgründe rechtshängig. Der § 1572 gilt daher nicht nur für Scheidungs-, sondern auch für Anfechtungsgründe (RG JW 03 Beil 44[99], RG 53, 334). Eine dem § 1571 Abs 2 ähnliche Bestimmung (Hemmung des Fristenlaufs, solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist), ist nicht gegeben.

3. Erlangt der Ehegatte die **unbeschränkte Geschäftsfähigkeit** während die mit der Kenntnis des Vertreters begonnene Frist läuft, so steht ihm nur der Rest der Frist zur Anfechtung zu (§ 1336 A 6).

4. Ist der Ehegatte geschäftsunfähig, so kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem seinem gesetzlichen Vertreter die maßgebenden Umstände bekannt werden (vgl. jedoch § 1340).

5. Zur Entdeckung des **Irrtums** gehört z. B., daß der Ehegatte von der Geschlechtskrankheit des andern Ehegatten nicht nur eine allgemeine Vorstellung, sondern auch Kenntnis von der Schwere und Gefährlichkeit des Leidens erlangt (RG JW 04, 284[3]); vgl. auch RG JW 06, 355[16] (Erlangung der Überzeugung, daß der Mann zur ehelichen Beiwohnung dauernd unfähig). — Von einer Entdeckung des Irrtums kann keine Rede sein, solange der Irrende mit oder ohne Verschulden noch tatsächlich im Irrtume befangen ist. Kennenmüssen steht der Kenntnis nicht gleich (RG Warn 10 Nr 122). Die Feststellung, dem Ehegatten sei ein Gerücht zu Ohren gekommen, genügt nicht. Zur Entdeckung des Irrtums gehört, daß er das, was er gehört, auch für wahr gehalten hat (RG JW 09, 689[17]; vgl. auch § 1571 A 4).

6. Die Grundsätze über die **Verjährung** sind nicht anwendbar, da das Anfechtungsrecht nicht die Natur eines Anspruchs (§ 194 Abs 1) hat. Vgl. auch RG 48, 163. Eine Ausnahme machen die Bestimmungen über Verhinderung infolge Stillstandes der Rechtspflege, durch höhere Gewalt und Vertretungsmangel (§§ 203, 206). Bezüglich des § 206 Abs 2 BGB ist § 612 Abs 1 ZPO zu beachten. Eine dem § 124 Abs 3 entsprechende Bestimmung (Ausschließung der Anfechtung nach 30 Jahren) ist nicht gegeben. Ebensowenig gibt es eine dem § 1571 Abs 2 entsprechende Aufforderung zur Erhebung der Anfechtungsklage.

7. **Übergangsrecht.** Die Gültigkeit einer vor dem Inkrafttreten des BGB geschlossenen Ehe bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen (Art. 198 Abs 1 EG). Diesem Grundsatze zufolge bleiben auch für die Geltendmachung der Ungültigkeit die bisherigen Ausschlußfristen maßgebend (RG 48, 161; vgl. auch RG JW 07, 515[17], 3[1]). Eine nach den bisherigen Gesetzen nichtige oder ungültige Ehe ist als von Anfang an gültig anzusehen, wenn die Ehegatten zur Zeit des Inkrafttretens des BGB noch als Ehegatten miteinander lebten und der Grund, auf dem die Nichtigkeit oder die Ungültigkeit beruht, nach den Vorschriften des BGB die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit der Ehe nicht zur Folge haben oder diese Wirkung verloren haben würde (Art 198 Abs 2 Satz 1 EG). Der ersichtliche Grund dieser Übergangsvorschrift ist, eine nach bisherigem Rechte anfechtbare Ehe tunlichst aufrechtzuerhalten. Damit ist es aber unvereinbar, eine schon nach bisherigem Recht unanfechtbar gewordene Ehe (z. B. wegen Ablaufs der sechswöchigen Anfechtungsfrist des bisherigen Rechts) der Anfechtung nach dem neuen Rechte lediglich deshalb auszusetzen, weil die Anfechtung erst nach dessen Inkrafttreten (Entdeckung des Irrtums) möglich geworden ist (RG 48, 165). Die für die Anfechtung im BGB bestimmte Frist beginnt nicht vor dem Inkrafttreten des BGB (Art 198 Abs 2 Satz 2 EG). Diese Bestimmung soll verhindern, daß die Anfechtbarkeit, soweit sie infolge der Bestimmung

in Satz 1 nach dem BGB zu beurteilen ist, nur deshalb ausgeschlossen bleibe, weil beim Inkrafttreten des BGB schon die sechsmonatige Frist des § 1339 abgelaufen ist, während die nach dem bisherigen Rechte längere Frist, wie nach gemeinem und französischem Rechte, noch nicht verstrichen ist (RG 48, 167).

§ 1340

Hat der gesetzliche Vertreter eines geschäftsunfähigen[1]) Ehegatten die Ehe nicht rechtzeitig angefochten, so kann nach dem Wegfalle der Geschäftsunfähigkeit[2]) der Ehegatte selbst die Ehe in gleicher Weise[3]) anfechten, wie wenn er ohne gesetzlichen Vertreter gewesen wäre.

E II 1248 P 4, 84, 89, 90.

1. **Geschäftsunfähigkeit**, vgl. § 1336 Abs 2 Satz 1 und § 1339. Für den nur beschränkt geschäftsfähigen Ehegatten ist eine derartige Vergünstigung nicht gegeben.

2. **Wegfall der Geschäftsunfähigkeit** ist auch dann eingetreten, wenn der Ehegatte nur beschränkt geschäftsfähig geworden ist.

3. Die Vorschriften über den Beginn der Ausschlußfrist (§ 1339) bleiben maßgebend. Hat aber die Frist schon mit der Kenntnis des Vertreters begonnen (§ 1339 A 4) und ist sie zur Zeit des Wegfalls der Geschäftsunfähigkeit noch nicht abgelaufen, so bleibt dem Ehegatten nur der Rest der Frist zur Anfechtung frei.

§ 1341

Die Anfechtung erfolgt, solange nicht die Ehe aufgelöst[1]) ist, durch Erhebung der Anfechtungsklage[2]).

Wird die Klage zurückgenommen[3]), so ist die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen. Das Gleiche gilt, wenn die angefochtene Ehe, bevor sie für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist, nach Maßgabe des § 1337 genehmigt[4]) oder bestätigt[4]) wird.

E I 1266 Abs 1, 1268 II 1249 M 4, 95, 97 ff. P 4, 90.

1. **Auflösung der Ehe** durch Tod, Scheidung oder Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung (§ 1348 Abs 2). Im Falle des § 1342 wird die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte bewirkt.

2. Die **Erhebung der Anfechtungsklage** hat eine doppelte Bedeutung. Sie stellt die Anfechtungshandlung dar und enthält das Begehren, eine richterliche Feststellung dahin zu treffen, daß die Anfechtung begründet, d. h. die Ehe nichtig sei. Anders die Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte (§ 1342 A 2). Die Anfechtung kann auch durch Erhebung einer Widerklage bewirkt werden. — Zu beachten ist, daß, während ein Scheidungs- oder Anfechtungsverfahren rechtshängig ist, ein zweites Scheidungs- oder Anfechtungsverfahren nicht anhängig gemacht werden kann. Vielmehr sind in einem Rechtsstreite, der mit einem Scheidungsantrag eröffnet wird, etwaige Anfechtungsgründe, und in einem Rechtsstreite, der mit der Anfechtungsklage eingeleitet wird, etwaige Scheidungsgründe vorzubringen. Alle Angriffe gegen den Bestand einer Ehe sind in einem einzigen Verfahren zu erledigen. Daher kann ein Anfechtungsantrag, dessen Stellung bis zum Erlaß eines auf Scheidung lautenden Berufungsurteils unterblieben ist, erst, wenn das Revisionsgericht auf Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache erkannt hat, beim Berufungsgericht angebracht werden: seine Anbringung ist dagegen überhaupt ausgeschlossen, wenn die Revision gegen das Scheidungsurteil zurückgewiesen wird (RG 59, 410). Durch die Erhebung der Scheidungsklage wird dem Widerkläger das Recht zur Geltendmachung von Anfechtungsgründen nicht gewahrt. Seine Untätigkeit während des Laufes der Anfechtungsfrist kann nicht dahin führen, daß die in diese Frist hineinfallende Erhebung der gegnerischen Klage den Anfechtungsgrund bei Bestand erhält. Allerdings ist der Lauf der Anfechtungsfrist während der Zeit von der Erhebung der gegnerischen Scheidungsklage bis zur ersten mündlichen Verhandlung gehemmt, weil während dieses Zeitabschnittes dem Widerkläger die Möglichkeit zur Erhebung der Anfechtungswiderklage (sowohl innerhalb wie außerhalb des anhängigen Scheidungsverfahrens) fehlt (RG JW 09, 689[17]).

3. Mit der **Zurücknahme der Anfechtungsklage** verliert die Erhebung der Klage die ihr als Anfechtungshandlung (A 2) zukommende Wirkung. Die Anfechtung gilt als nicht erfolgt. Die Zurücknahme der Klage steht der Erhebung einer neuen Klage aus dem nämlichen oder einem andern Anfechtungsgrunde nicht entgegen. Ob in der Zurücknahme der Klage ein Beweisgrund für die Genehmigung bezw. Bestätigung der Ehe und somit ein

Verzicht auf nochmalige Geltendmachung des nämlichen Anfechtungsgrundes liegt, ist Tatfrage. Die Zurücknahme der Klage steht der Abweisung der Klage (§ 616 ZPO) nicht gleich. Da die Klage nach § 271 Abs 1 ZPO ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden kann, so hat es der Beklagte in der Hand, nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung durch Vorenthaltung der Einwilligung eine Entscheidung über die Klage herbeizuführen.

4. **Genehmigung und Bestätigung** der Ehe bewirken nicht nur, daß die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen ist, sondern sie machen die Ehe auch zu einer unanfechtbaren, d. h. hinsichtlich derjenigen Anfechtungsgründe, auf welche sich die Genehmigung oder Bestätigung beziehen. Im übrigen vgl. § 1337 A 2. Ist die Ehe rechtskräftig für nichtig erklärt, so kommt eine vor der Rechtskraft erfolgte Genehmigung oder Bestätigung auch dann nicht mehr in Betracht, wenn sie in dem Rechtsstreit über die Anfechtungsklage nicht mehr geltend gemacht werden konnte.

§ 1342

[1])Ist die Ehe durch den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten aufgelöst worden, so erfolgt die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte [2]); die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form [3]) abzugeben.

Das Nachlaßgericht soll [4]) die Erklärung sowohl demjenigen mitteilen, welcher im Falle der Gültigkeit der Ehe, als auch demjenigen, welcher im Falle der Nichtigkeit der Ehe Erbe des verstorbenen Ehegatten ist. Es hat die Einsicht der Erklärung Jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht [5]).

E I 1266 Abs 2 II 1250 M 4, 96 P 4, 90 5, 133, 6, 338.

1. Nach § 1338 ist die Anfechtung der Ehe ausgeschlossen, wenn die Ehe durch Scheidung, Wiederverheiratung im Falle des § 1348 Abs 2 oder Tod des zur Anfechtung berechtigten Ehegatten aufgelöst ist (§ 1338 A 1). Die im § 1338 für den Fall zugelassene einzige Ausnahme, daß die Ehe durch den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten aufgelöst worden, wird im § 1342 hinsichtlich der **Form der Anfechtung** näher geregelt.

2. Die **Anfechtungserklärung** ist in öffentlich beglaubigter Form dem Nachlaßgerichte gegenüber (nicht vor ihm) abzugeben, kann also auch durch Übersendung einer Schrift erfolgen. Die Anfechtungserklärung muß ersehen lassen, daß die Ehe aus einem der gesetzlich zulässigen Anfechtungsgründe angefochten wird. Unrichtige Bezeichnung schadet nicht. Die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts ergeben §§ 72, 73 FGG und Art 147 EG. Die Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgericht enthält nicht wie die Erhebung der Anfechtungsklage zugleich das Begehren um Feststellung der Nichtigkeit der Ehe (§ 1341 A 2), hat vielmehr, ohne daß es einer richterlichen Nichtigkeitserklärung bedarf, von selbst die Wirkung, daß die Ehe als von Anfang an nichtig anzusehen ist (§ 1343 Abs 1). Die Nichtigkeit der Ehe kann nunmehr von jedem, der ein rechtliches Interesse daran hat, geltend gemacht werden. Ihm liegt aber der Beweis der Nichtigkeit ob. Mit dem Zeitpunkt, in dem die Anfechtung dem Nachlaßgerichte gegenüber erklärt wird, tritt die bezeichnete Wirkung ein. Die Zurücknahme der Anfechtungserklärung mit der Wirkung, daß die Anfechtung als nicht erfolgt gilt, ist nicht zulässig, ebensowenig die nachträgliche Genehmigung oder Bestätigung der Ehe (§ 1341 Abs 2 Satz 2). Wegen der Abgabe der Anfechtungserklärung durch einen Vertreter vgl. § 1336 A 1, 2. Die sechsmonatige Anfechtungsfrist ist für die Anfechtungserklärung ebenso wie für die Anfechtungsklage maßgebend (§ 1339 A 1). Die Anfechtungserklärung unterliegt wie andere einseitige Rechtsgeschäfte wiederum der Anfechtung. Schwebt beim Tode des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten eine vom anfechtungsberechtigten Ehegatten, bezw. dessen Vertreters erhobene Anfechtungsklage, so kann der Rechtsstreit nicht gegen die Erben des ersteren Ehegatten behufs Herbeiführung der Nichtigkeitserklärung fortgesetzt werden. Der Rechtsstreit ist vielmehr nach § 628 ZPO in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen; die Anfechtung behält freilich ihre Wirkung und braucht nicht noch durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte wiederholt zu werden.

3. **Form** § 129 BGB, §§ 167, 183, 191 FGG. Formmangel zieht Nichtigkeit der Anfechtung nach sich.

4. Die dem Nachlaßgericht aufgegebene **Benachrichtigung** der Erben hat nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift, die, soweit sie unausführbar ist, ohne sachliche Nachteile unterbleibt (vgl. FGG § 12; Amtstätigkeit des Gerichts).

5. Vgl. § 15 Abs 2, § 34 FGG.

§ 1343

Wird eine anfechtbare[1]) Ehe angefochten[2]), so ist sie als von Anfang an nichtig anzusehen[3]). Die Vorschrift des § 142 Abs. 2 findet Anwendung[4]).

Die Nichtigkeit einer anfechtbaren Ehe, die im Wege der Klage[5]) angefochten worden ist, kann, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt[6]) oder aufgelöst[6]) ist, nicht anderweit geltend gemacht werden.

E I 1260 II 1251 M 4, 84 ff. P 4, 81.

1. Anfechtbare Ehe. Jede Ehe ist der Anfechtung ausgesetzt. Im Sinne des § 1343 ist aber eine anfechtbare Ehe nur eine solche, die erweislich mit einem Anfechtungsgrunde behaftet ist. Der Beweis des Anfechtungsgrundes ist niemals zu entbehren. Nur unter der Voraussetzung, daß dieser Beweis gelingt, hat die Anfechtungshandlung rechtliche Bedeutung. Eine Ehe, die mit einem Anfechtungsgrunde nicht behaftet ist, wird durch die Anfechtung wohl zu einer angefochtenen aber niemals zu einer anfechtbaren. Anfechtbarkeit und Anfechtung müssen zusammen vorliegen, um eine Ehe für nichtig zu erachten.

2. Gemeint ist die **Anfechtung** einer anfechtbaren Ehe mittels Klage (§ 1341) oder Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte (§ 1342).

3. Wirkungen der Anfechtung. Infolge der Anfechtung wird die anfechtbare Ehe rückwärtshin mit dinglicher Wirkung vernichtet (RG JW 03 Beil 111[245]). Der § 1343 Abs 1 Satz 1 entspricht dem § 142 Abs 1 (anfechtbares Rechtsgeschäft). Es wird so angesehen, als sei die Ehe nicht geschlossen worden. Von einem gegenseitigen Erbrechte der Ehegatten kann keine Rede sein. Wegen der Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen, durch die sich die Ehegatten bedacht haben vgl. § 2077 Abs 1 und 2, §§ 2268, 2279. Wegen der Kinder aus nichtigen Ehen vgl. §§ 1699—1704. Ist die Ehe für nichtig erklärt worden, so hat die frühere Frau wieder den ihr nach § 1616 zukommenden Familiennamen zu führen (RG 16. 3. 05 IV B 25/04; RG 67, 61). Die Kostenvorschußpflicht des Mannes (§ 1388 BGB und § 90 GKG) im Anfechtungsprozeß erlischt mit der rechtskräftigen Nichtigkeitserklärung (RG JW 05, 299[30]). Durch die im § 627 ZPO dem Gerichte zugesprochene Berechtigung, bei Rechtsstreitigkeiten über Anfechtung der Ehe für die Dauer des Rechtsstreits durch einstweilige Verfügung die gegenseitige Unterhaltspflicht nach Maßgabe des § 1361 zu ordnen, ist anerkannt, daß die Unterhaltspflicht während des durch die Erhebung der Anfechtungsklage hervorgerufenen Schwebezustandes fortbesteht (RG 18. 6. 08 IV 134/08). Die Bestimmung in einem gemeinschaftlichen Testamente, daß der überlebende Ehegatte im Falle seiner Wiederverheiratung Verwaltung und Nutznießung verlieren sollte, gilt regelmäßig auch für den Fall, daß die neue Ehe anfechtbar ist und angefochten wird (RG Warn 10, 127).

4. Wer die Anfechtbarkeit der **Ehe kannte oder kennen mußte**, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit der Ehe gekannt hätte oder hätte kennen müssen.

5. § 1343 Abs 2 spricht nur von dem Falle der Anfechtung mittels **Klage** (§ 1341), nicht von dem Falle der Anfechtung mittels Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte (§ 1342). Im letzteren Falle gilt die Regel des § 1343 Abs 1. Die Nichtigkeit kann von jedem, der ein rechtliches Interesse daran hat, anderweit geltend gemacht werden. — Bei der Bestimmung des § 1343 Abs 2 BGB ist ebenso wie bei der Vorschrift des § 152 ZPO (Aussetzung) vorausgesetzt, daß die Anfechtungsklage in zulässiger Weise erhoben ist (RG 59, 410; vgl. § 1341 A 2).

6. Nichtigkeitserklärung und Auflösung der Ehe. Erweist sich die Anfechtungsklage als begründet, so wird die Ehe durch Urteil für nichtig erklärt. Nachdem diese Nichtigkeitserklärung rechtskräftig geworden, kann jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat, die Nichtigkeit der Ehe anderweit geltend machen. Vor rechtskräftiger Nichtigkeitserklärung ist dies nicht zulässig. Die Ehe wird bis dahin als gültig behandelt. Wird jedoch die Ehe, bevor der Rechtsstreit durch rechtskräftige Nichtigkeitserklärung beendigt ist, aufgelöst, sei es durch den Tod eines der Ehegatten, sei es durch Scheidung oder Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung (§ 1348 Abs 2), so ist der Rechtsstreit nach § 628 ZPO in der Hauptsache als erledigt anzusehen. Die in der Erhebung der Klage oder Widerklage liegende Anfechtung behält aber ihre Wirkung und es kann jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat, die Nichtigkeit der Ehe anderweit geltend machen. Diese Bestimmungen weichen von den allgemeinen Grundsätzen ab, entsprechen aber dem § 1329 (Ehenichtigkeit). — Vgl. auch §§ 152, 155 ZPO (Aussetzung).

§ 1344

[1])Einem Dritten gegenüber können aus der Nichtigkeit[2]) der Ehe Einwendungen gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes

Rechtsgeschäft[3]) oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil[4]) nur hergeleitet werden, wenn zur Zeit[5]) der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder zur Zeit[5]) des Eintritts der Rechtshängigkeit die Ehe für nichtig erklärt[6]) oder die Nichtigkeit dem Dritten bekannt[7]) war.

Die Nichtigkeit kann ohne diese Beschränkung geltend gemacht werden, wenn sie auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist[8])[9]).

E I 1257, 1270 II 1226, 1252 M 4, 63 ff., 101 P 4, 67 ff., 92.

1. **Zweck der Vorschrift.** Der § 1344 bezweckt den Schutz des gutgläubigen Dritten. Wer sich im Vertrauen auf die Gültigkeit der Ehe mit den Ehegatten oder einem derselben auf ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit eingelassen hat, soll geschützt werden. Auch nach der Auflösung der nichtigen Ehe (durch Tod, Scheidung oder Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung, § 1348 Abs 2) steht der gutgläubige Dritte unter dem Schutze des § 1344. Dieser Schutz wird ihm gewährt, gleichviel ob die Ehegatten gut- oder schlechtgläubig waren. Der Schutz reicht aber nur soweit, als es sich darum handelt, ein sonst unwirksames Rechtsgeschäft oder Urteil als wirksam aufrecht zu erhalten. Dagegen gewährt der § 1344 dem Dritten nicht die weitere Befugnis, sich behufs seiner Befriedigung an dasjenige Vermögen des andern Ehegatten zu halten, das, wenn die Ehe gültig gewesen wäre, Bestandteil des Vermögens seines Schuldners geworden wäre oder doch der Zwangsvollstreckung seitens des Dritten unterlegen haben würde (M 4, 64, Prot 4, 69). So ist der Dritte, wenn unter den Eheleuten das gesetzliche eheliche Güterrecht geherrscht hat, nicht befugt, sich als Gläubiger des Mannes an die Nutzungen des von der Frau eingebrachten Gutes, die bei Gültigkeit der Ehe nach § 1383 der Mann erworben haben würde, zu halten. Ebensowenig kann er, wenn Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft in der Ehe geherrscht hat, als Gläubiger des Mannes aus dem Gesamtgute, an das er sich bei Gültigkeit der Ehe nach §§ 1459, 1530, 1549 in Verbindung mit § 740 ZPO zu halten befugt gewesen wäre, seine Befriedigung verlangen, soweit in dem Gesamtgute Vermögen der Ehefrau enthalten ist. — Wegen Wegfalls der Kostenvorschußpflicht des Mannes (§ 1388 BGB und § 90 GKG) bei Nichtigkeitserklärung der Ehe vgl. **RG** JW 05, 299[30].

2. Ob die **Nichtigkeit der Ehe** auf einem Nichtigkeitsgrunde oder einem Anfechtungsgrunde beruht, macht keinen Unterschied. Die einzige Ausnahme ist im Abs 2 enthalten.

3. Der Schutz erstreckt sich nur auf das unmittelbar zwischen dem Dritten und dem Ehegatten vorgenommene **Rechtsgeschäft,** dagegen nicht auf solche Fälle, in denen sich ein Dritter im Vertrauen auf die Gültigkeit der Ehe mit einer andern Person auf ein Rechtsgeschäft einläßt, dessen Gültigkeit mittelbar von der Gültigkeit der Ehe abhängt. Beispiel: M 4, 65.

4. Gleichviel, ob der durch **Urteil** beendete Rechtsstreit von dem Ehegatten gegen den Dritten oder von letzterem gegen ersteren anhängig gemacht worden war.

5. Später erlangte Kenntnis schadet nicht.

6. Ist zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder des Eintritts der Rechtshängigkeit die Ehe bereits für **nichtig erklärt,** so kommt es auf die Kenntnis des Dritten von der Nichtigkeit oder der Nichtigkeitserklärung nicht an. Seine Unkenntnis schützt ihn in diesem Falle nicht.

7. Es kommt auf sein **Kennen,** nicht sein Kennenmüssen (Unkenntnis infolge von Fahrlässigkeit § 122 Abs 2) an. Der Dritte muß nicht nur die die Nichtigkeit begründende Tatsache, sondern auch deren Eigenschaft als eines Nichtigkeitsgrundes kennen. Darüber, daß die Kenntnis der Tatsache häufig mit der Kenntnis ihrer Eigenschaft zusammenfallen wird, vgl. § 1337 A 3. Die bloße Kenntnis, daß die Nichtigkeitsklage oder Anfechtungsklage anhängig ist, reicht nicht aus. Bei der anfechtbaren und angefochtenen Ehe gilt die Kenntnis der Anfechtbarkeit als Kenntnis der Nichtigkeit (§ 1343 Abs 1 Satz 2, § 142 Abs 2).

8. Die aus einem andern Grunde als wegen Formmangels nichtige Ehe fällt unter § 1344 auch dann, wenn sie in das Heiratsregister nicht eingetragen ist (Prot 4, 68). Im Falle der **Doppelehe** können die Rechte des Ehegatten, den der doppelt verheiratete Ehegatte zuerst geheiratet hat, selbstverständlich nicht durch Verhandlungen zwischen seinem zweiten Ehegatten und einem Dritten beeinträchtigt werden.

9. **Beweislast.** Wer aus der Nichtigkeit der Ehe Einwendungen herleitet, muß nicht nur die Nichtigkeit, sondern auch die Kenntnis des Dritten von der Nichtigkeit beweisen.

§ 1345

[1])War dem einen Ehegatten die Nichtigkeit[2]) der Ehe bei der Eheschließung[3]) bekannt[4]), so kann der andere Ehegatte, sofern nicht auch ihm die Nichtigkeit[2]) bekannt[4]) war, nach der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung der Ehe verlangen[5]), daß ihr Verhältnis[6]) in vermögensrechtlicher Beziehung[7]), insbesondere auch in Ansehung der Unterhaltspflicht[8]), so behandelt wird, wie wenn die Ehe zur Zeit der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung geschieden und der Ehegatte, dem die Nichtigkeit bekannt war, für allein schuldig erklärt worden wäre[9])[10])[11]).

Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn die Nichtigkeit auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist.

E I 1258 Abs 1, 1270 II 1237 Abs 1, 3, 1252 M 4, 66 ff., P 4, 69 ff., 92, 532 ff. 664, 6, 269.

1. **Zweck der Vorschrift.** Der § 1345 bezweckt, den gutgläubigen Ehegatten nur gegenüber dem schlechtgläubigen, nicht auch gegenüber dem ebenfalls gutgläubigen Ehegatten zu schützen. Waren beide Ehegatten gutgläubig, so treten gleichwie in dem Falle, wenn beide Ehegatten schlechtgläubig waren, lediglich die Nichtigkeitsfolgen ein. Die Anwendung des § 1345 setzt also voraus, daß bei der Eheschließung dem einen Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bekannt und dem andern nicht bekannt war.

2. Ob die **Nichtigkeit der Ehe** auf einem Nichtigkeitsgrunde oder einem Anfechtungsgrunde beruht, macht keinen Unterschied. Die einzige Ausnahme ist im Abs 2 bestimmt.

3. Später erlangte Kenntnis ist für die Anwendung des § 1345 ohne Einfluß.

4. Kennenmüssen (Unkenntnis infolge von Fahrlässigkeit, § 122 Abs 2) steht dem **Kennen** nicht gleich. Der § 1345 stellt darauf ab, ob der Ehegatte die Nichtigkeit der Ehe, nicht darauf, ob er die die Nichtigkeit begründende Tatsache gekannt hat. Dies ist z. B. von Wichtigkeit, wenn ein Ausländer zwar diese Tatsache, nicht aber deren Eigenschaft als eines Nichtigkeitsgrundes kennt (M 4, 69). Im übrigen vgl. § 1344 A 7.

5. Der Ehegatte kann das Recht erst ausüben, nachdem die Ehe entweder durch rechtskräftiges Urteil **für nichtig erklärt** oder (durch Scheidung, Tod eines Ehegatten oder Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung, § 1348 Abs 2) **aufgelöst** worden ist. Bis zur Erklärung des Ehegatten, von dem Rechte Gebrauch zu machen, wird das Verhältnis unter den Ehegatten nach den Grundsätzen über die Nichtigkeit der Ehe beurteilt. Die Erklärung ist dem schlechtgläubigen Ehegatten gegenüber, nach dessen Tode seinen Erben gegenüber abzugeben und ist unwiderruflich. Näheres § 1347.

6. Ihr **Verhältnis** zueinander, nicht ihr Verhältnis zu Dritten.

7. In andern als **vermögensrechtlichen Beziehungen** verbleibt es bei den Folgen der Nichtigkeit. So hat z. B. die Frau wieder den ihr nach § 1616 zukommenden Familiennamen (nicht aber den ihres früheren Ehemannes) zu führen (RG 67, 61). Das gegenseitige Erbrecht der Ehegatten bleibt ausgeschlossen. Für die Vermögensauseinandersetzung unter den Eheleuten ist derjenige Zeitpunkt maßgebend, in welchem das Nichtigkeitsurteil rechtskräftig oder die Ehe aufgelöst wird. Der Zeitpunkt, in dem der gutgläubige Ehegatte Kenntnis von der Nichtigkeit der Ehe erlangt, ist ohne Einfluß.

8. Die aus § 1345 dem einen Ehegatten erwachsenden **Unterhaltsansprüche** können auch für die Zukunft durch Vergleich geregelt werden; § 1614 Abs 1 findet auf sie keine Anwendung (RG 17. 12. 06 IV 484/06).

9. **Beweislast.** Wer das im § 1345 Abs 1 bestimmte Recht in Anspruch nimmt, hat die Schlechtgläubigkeit des andern Ehegatten zu beweisen. Diesem liegt der Beweis, daß auch der klagende Ehegatte schlechtgläubig gewesen sei, ob. Dies ergibt schon die Fassung des § 1345 Abs 1 BGB (sofern), die von der des § 1258 des ersten Entwurfs abweicht (vgl M 4, 69).

10. **Schadensersatzansprüche** können von dem gutgläubigen Ehegatten nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze über unerlaubte Handlungen gegen den andern Ehegatten erhoben werden.

11. **Vererblichkeit des Rechtes.** Das Recht des gutgläubigen Ehegatten aus § 1345 Abs 1 geht auf seine Erben über.

§ 1346

Wird eine wegen Drohung[1]) anfechtbare Ehe für nichtig erklärt, so steht das im § 1345 Abs. 1 bestimmte Recht dem anfechtungsberechtigten Ehegatten zu.

Wird eine wegen Irrtums[2]) anfechtbare Ehe für nichtig erklärt, so steht dieses Recht dem zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten zu[3]), es sei denn, daß dieser den Irrtum bei der Eingehung der Ehe kannte oder kennen mußte[4]).

E I 1270 II 1252 M 4, 101 P 4, 92.

1. Anfechtbarkeit der Ehe **wegen Drohung** § 1335. Gleichgültig ist, daß dem bedrohten Ehegatten bei der Eheschließung die Anfechtbarkeit der Ehe bekannt war.

2. Anfechtbarkeit der Ehe **wegen Irrtums** §§ 1332, 1333, nicht 1334. Wegen der Unterhaltspflicht des früheren Ehemannes, der die Ehe wegen Irrtums angefochten hat, vgl. RG 67, 56.

3. **Irrtum.** Bei der 2. Lesung wurde hervorgehoben, daß, wer sich irre, es auf seine Gefahr tue. Auch bei dem Abschluß einer Ehe müsse jeder sich sagen, daß auf die von ihm vor dem Standesbeamten abgegebene Erklärung der andere Teil sich verlasse (Prot 4 S 93; vgl. auch § 122).

4. **Beweislast.** Daß der das Recht aus § 1345 Abs 1 in Anspruch nehmende Ehegatte den Irrtum bei Eingehung der Ehe kannte oder kennen mußte, hat der irrende Ehegatte einzuwenden und zu beweisen (RG 67, 56). Gelingt der Beweis, so entfällt das Recht des nicht anfechtungsberechtigten Ehegatten und es verbleibt bei den Folgen der Nichtigkeit. Kannte der nicht anfechtungsberechtigte Ehegatte bei der Eheschließung den Irrtum, so steht das Recht aus § 1345 Abs 1 dem irrenden Ehegatten zu. Dies folgt aus § 1345 Abs 1 selbst.

5. Auch im Falle der *Auflösung der Ehe* ist § 1346 anwendbar, denn das im § 1345 Abs 1 bestimmte Recht ist eben auch für diesen Fall gegeben und § 1346 will hieran nichts ändern, sondern nur den *Berechtigten* bezeichnen.

§ 1347

Erklärt[1]) der Ehegatte, dem das im § 1345 Abs. 1 bestimmte Recht zusteht, dem andern Ehegatten, daß er von dem Rechte Gebrauch mache, so kann er die Folgen der Nichtigkeit der Ehe nicht mehr geltend machen; erklärt[2]) er dem andern Ehegatten, daß es bei diesen Folgen bewenden solle, so erlischt das im § 1345 Abs. 1 bestimmte Recht.

Der andere Ehegatte kann den berechtigten Ehegatten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern[3]), ob er von dem Rechte Gebrauch mache. Das Recht kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist ausgeübt werden[3]).

E I 1258 Abs 2, 1270 II 1237 Abs 2, 1252 M 4, 69, 101 P 4, 69, 71, 81; 6, 269.

1. Die **Erklärung,** von dem im § 1345 Abs 1 bestimmten Rechte Gebrauch zu machen, ist dem schlechtgläubigen Ehegatten gegenüber, nach dessen Tode seinen Erben gegenüber abzugeben. Sie ist an keine Form gebunden, kann auch stillschweigend abgegeben werden und ist unwiderruflich. Sie kann auch von den Erben des gutgläubigen Ehegatten abgegeben werden (vgl. § 1345 A 5 und 11, §§ 130—132).

2. Auf die **Erklärung,** es solle bei den Folgen der Nichtigkeit bewenden, trifft das in Anm 1 Gesagte gleichfalls zu (vgl. RG 67, 58).

3. Durch die Bestimmung des Abs 2 wird dem Ehegatten ein Mittel an die Hand gegeben, die Entscheidung des berechtigten Ehegatten herbeizuführen. Die **Aufforderung** ist an keine Form gebunden und kann wie die Erklärung (Anm 1) von den Erben des schlechtgläubigen Ehegatten und an die Erben des gutgläubigen Ehegatten ergehen. Im übrigen vgl. §§ 250, 264 Abs 2.

Vierter Titel

Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung

§ 1348

[1])Geht ein Ehegatte, nachdem der andere Ehegatte für tot erklärt worden ist[2]), eine neue Ehe ein, so ist die neue Ehe nicht deshalb nichtig[3]), weil der für tot erklärte Ehegatte noch lebt[4]), es sei denn[5]), daß beide[6])

Ehegatten bei[7]) der Eheschließung wissen, daß er die Todeserklärung überlebt hat[8]).

Mit der Schließung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst[9]). Sie bleibt auch dann aufgelöst, wenn die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird[10]).

E I 1464 II 1482 M 4, 640 ff. P 4, 452 ff. 6, 295 ff.

1. Der **Tod eines Ehegatten** löst die Ehe auf. Will der überlebende Ehegatte eine neue Ehe eingehen, so hat er dem Standesbeamten den Tod des andern Ehegatten nachzuweisen (regelmäßig durch Vorlegung der standesamtlichen Sterbeurkunde). Stellt sich heraus, daß der für tot gehaltene Ehegatte zur Zeit der Eingehung der neuen Ehe lebte, der Nachweis also unrichtig war, so ist die neue Ehe wegen Verstoßes gegen das Verbot der Doppelehe (§ 1326) nichtig, sofern die frühere Ehe gültig war. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Ehegatten der neuen Ehe die Unrichtigkeit des Todesnachweises kannten oder nicht. Die neue Ehe wird auch nicht dadurch gültig, daß die frühere Ehe durch den inzwischen eintretenden Tod des irrtümlich für tot gehaltenen Ehegatten aufgelöst wird. Anders als im Falle einer falschen Sterbeurkunde bildet im Falle der Todeserklärung der Umstand, daß der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, grundsätzlich keinen Nichtigkeitsgrund für die neue Ehe. Die in der Todeserklärung liegende gesetzliche Todesvermutung (§ 18) gewährt dem Ehegatten das Recht zur Wiederverheiratung, obwohl die Todeserklärung die frühere Ehe nicht auflöst. Das Gesetz gestattet hier eine durch die Anforderungen des Lebens gerechtfertigte Ausnahme von dem Grundsatze, daß niemand eine Ehe eingehen darf, bevor seine frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist (§ 1309 Abs 1). Dem guten Glauben der Ehegatten ist jedoch anders als im Falle einer unrichtigen Sterbeurkunde eine große Bedeutung beigelegt.

2. **Todeserklärung** § 18. Auch der Ehegatte einer vor dem Inkrafttreten des BGB für tot erklärten Person kann nach dem Inkrafttreten des BGB eine neue Ehe eingehen, selbst wenn die Wiederverheiratung nach den bisherigen Gesetzen nicht zulässig wäre. Die §§ 1348—1352 finden entsprechende Anwendung (Art 159 EG). Hinsichtlich der Anwendung deutscher Gesetze auf verschollene Ausländer vgl. Art 9 und 13 ebenda.

3. Die **Nichtigkeit** der neuen Ehe würde aus § 1326 folgen, wenn § 1348 nicht das Gegenteil bestimmte. Diese Bestimmung war aber erforderlich, um den Ehegatten, der im Vertrauen auf eine Todeserklärung des andern Ehegatten wieder heiratet, in die Lage zu versetzen, eine gültige neue Ehe schließen zu können.

4. Vorausgesetzt ist, daß der für tot erklärte Ehegatte **noch**, d. h. zur Zeit der Schließung der neuen Ehe **lebt**. Sein späterer Tod würde zwar seine Ehe auflösen, aber ohne die Bestimmung des § 1348 die Gültigkeit der neuen Ehe nicht zur Folge haben.

5. **Beweislast.** Der Nichtigkeitskläger hat das Wissen beider Ehegatten zu beweisen. Als Nichtigkeitskläger können der Staatsanwalt, jeder Ehegatte der neuen Ehe sowie der für tot erklärte Ehegatte auftreten (§ 632 Abs 2 ZPO, § 1326 BGB). Letzterer kann außerdem, nachdem die neue Ehe für nichtig erklärt worden ist, seine Ehe also zu Recht besteht, die Scheidungsklage aus § 1565 Abs 1 wegen Ehebruchs und Verstoßes gegen das Verbot der Doppelehe erheben.

6. Hat nur ein Ehegatte von der bezeichneten Tatsache Kenntnis, so bleibt die neue Ehe aus Rücksicht auf den andern gutgläubigen Ehegatten bestehen und unterliegt nur der Anfechtung nach § 1350.

7. Die nach der Eheschließung erlangte Wissenschaft kommt nicht in Betracht.

8. Das Wissen der Eheleute braucht sich nicht auch auf die Tatsache zu erstrecken, daß der für tot erklärte Ehegatte noch zur Zeit der Schließung ihrer Ehe lebte. Sie durften sich auf die Todeserklärung auch schon dann nicht berufen, wenn sie wußten, daß der für tot erklärte Ehegatte die **Todeserklärung überlebt** hat, die Todesvermutung also hinfällig geworden war.

9. Die **Auflösung der früheren Ehe** tritt nicht ein, wenn beide Eheleute bei der Eheschließung wissen, daß der für tot erklärte Ehegatte die Todeserklärung überlebt hat, ebensowenig dann, wenn die neue Ehe aus einem andern Grunde, sei es einem Nichtigkeits-, sei es einem Anfechtungsgrunde, nichtig ist. Dagegen tritt die Auflösung ein, wenn die neue Ehe, sei es aus dem Grunde des § 1350, sei es aus einem andern Anfechtungsgrunde nur anfechtbar ist, aber nicht angefochten wird. Wird die neue Ehe aus dem Grunde des § 1350 oder aus einem andern Anfechtungsgrunde angefochten, so tritt die frühere Ehe wieder ins Leben. Die frühere Ehe bleibt aufgelöst, wenn die neue Ehe geschieden oder durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst wird. Folgen der Auflösung der früheren

Ehe: Der für tot erklärte Ehegatte erlangt das Recht, eine neue Ehe einzugehen. Das gegenseitige Erbrecht der früheren Ehegatten (§ 1931) fällt weg. Wegen des Einflusses der Auflösung auf letztwillige Verfügungen und Erbverträge vgl. §§ 2077 ff. und 2281 ff. und auf das Verhältnis der Ehegatten zu den Kindern §§ 1352, 1637. Der § 1348 enthält gegenüber dem § 18 keine Ausnahmebestimmung des Inhalts, daß die Ehe des für tot Erklärten bis zur Wiederverheiratung des andern Ehegatten als fortbestehend zu gelten hat (RG 60, 196). Darum gilt ein Kind, das die zurückgebliebene Ehefrau eines für tot erklärten Mannes im Witwenstande nach dem in der Todeserklärung festgestellten Todestage empfängt, nicht als während der Ehe empfangen. Es kann von ihrem zweiten Ehemanne als das seinige anerkannt werden.

10. Die **Aufhebung der Todeserklärung** ist ohne Einfluß. Der Bestand der früheren wie der neuen Ehe würde sonst in unstatthafter Weise von dem Ermessen eines Dritten, dem an der Aufhebung der Todeserklärung liegt, abhängig sein.

§ 1349

[1])Ist das Urteil, durch das einer der Ehegatten für tot erklärt worden ist, im Wege der Klage angefochten[2]), so darf der andere Ehegatte nicht vor der Erledigung des Rechtsstreits eine neue Ehe eingehen, es sei denn, daß die Anfechtung erst zehn Jahre[3]) nach der Verkündung des Urteils erfolgt ist.

E I 1235 Abs 2 II 1215 Abs 2 M 4, 20 P 4, 23; 6, 392.

1. **Bedeutung der Vorschrift.** Das Verbot des § 1349 enthält ein aufschiebendes Ehehindernis. Die dem Verbote zuwider geschlossene Ehe ist nicht wegen dieser Zuwiderhandlung nichtig, selbst wenn die Anfechtung zur Aufhebung der Todeserklärung führt. Ein ähnliches Verbot enthält § 1309 Abs 2.

2. **Anfechtung der Todeserklärung** § 957 Abs 2, §§ 973—976 ZPO. Ob sich die Anfechtung gegen die Todeserklärung selbst oder nur gegen die Feststellung der Todeszeit richtet, unterscheidet das Gesetz nicht.

3. Nach § 958 Abs 2 ZPO ist die Anfechtungsklage nach Ablauf von zehn Jahren unstatthaft.

§ 1350

[1])Jeder Ehegatte der neuen Ehe[2]) kann, wenn der für tot erklärte Ehegatte noch lebt[3]), die neue Ehe anfechten[4]), es sei denn[5]), daß er bei[6]) der Eheschließung von dessen Leben Kenntnis hatte[7]). Die Anfechtung kann nur binnen sechs Monaten[8]) von dem Zeitpunkt an erfolgen, in welchem der anfechtende Ehegatte erfährt, daß der für tot erklärte Ehegatte noch lebt.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der anfechtungsberechtigte Ehegatte die Ehe bestätigt[9]), nachdem er von dem Leben des für tot erklärten Ehegatten Kenntnis erlangt hat, oder wenn die neue Ehe durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst worden ist[10])[11]).

E II 1483 P 4, 452 ff.; 5, 142; 6, 295, 392.

1. **Grund der Vorschrift.** Geht ein Ehegatte, nachdem der andere Ehegatte für tot erklärt worden, eine neue Ehe ein, so wird im Regelfalle der Bestand der neuen Ehe durch den Umstand, daß der für tot Erklärte noch lebt, zwar nicht berührt, aber die Ehegatten der neuen Ehe können sich, solange jener lebt, ihm gegenüber in ihrem Gewissen berechtigterweise bedrückt fühlen. Zur Wahrung der Gewissensfreiheit ist jedem gutgläubigen Ehegatten das Recht gegeben, die neue Ehe anzufechten und so das Hindernis, das der Wiedervereinigung des für tot Erklärten mit seinem Ehegatten im Wege steht, hinwegzuräumen.

2. Der für tot erklärte Ehegatte hat das Anfechtungsrecht aus § 1350 nicht. Ihm steht aber, falls sein Ehegatte schlechtgläubig, also nicht der anfechtende Teil war, nach erfolgter Nichtigkeitserklärung der neuen Ehe das Recht zu, sich wegen Verstoßes gegen das Verbot der Doppelehe (§ 1565 Abs 1) scheiden zu lassen. Ehebruch kann er in diesem Falle als Scheidungsgrund nicht geltend machen, weil der Geschlechtsverkehr seines Ehegatten mit dem zweiten, gutgläubigen Ehegatten zu einer Zeit stattfand, in der die erste Ehe aufgelöst war, § 1348.

3. Vorausgesetzt ist, daß der für tot erklärte Ehegatte **noch**, d. h. zur Zeit der Anfechtung (Erhebung der Anfechtungsklage) **lebt.**

4. Neben dem **Anfechtungsgrunde** aus § 1350 können für den gutgläubigen Ehegatten auch die Anfechtungsgründe wegen Irrtums und arglistiger Täuschung (§§ 1333, 1334) in Frage kommen. Die Scheidungsklage wegen Verstoßes gegen das Verbot der Doppelehe (§ 1565 Abs 1) steht ihm nicht zu.

5. **Beweislast.** Der Anfechtungsgegner hat die Schlechtgläubigkeit des anfechtenden Ehegatten zu beweisen.

6. Die nach der Eheschließung erlangte Wissenschaft kommt nicht in Betracht.

7. Vorausgesetzt ist, daß der Ehegatte zur Zeit der Eheschließung weiß, daß der für tot Erklärte noch lebt. Zur Ausschließung des Anfechtungsrechts genügt es nicht, wenn er nur Kenntnis davon hat, daß der für tot Erklärte die Todeserklärung überlebt hat. Dem schlechtgläubigen Ehegatten ist das Anfechtungsrecht aus Rücksicht auf den gutgläubigen Ehegatten versagt. Sind beide Eheleute in gutem Glauben gewesen, so hat jeder von ihnen das Recht, die neue Ehe anzufechten.

8. Die **sechsmonatige Frist** entspricht dem § 1339 Abs 1. Auf sie finden auch die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 Anwendung, was aus der Gleichartigkeit des Anfechtungsrechts aus § 1350 mit den übrigen Anfechtungsrechten folgt, § 1339 Abs 3.

9. **Bestätigung der Ehe** § 1337 A 2.

10. Für den Fall der **Auflösung der Ehe durch Tod** ist die Anfechtung, abweichend von § 1338, uneingeschränkt ausgeschlossen. Der überlebende gutgläubige Ehegatte kann also die neue Ehe auch dann nicht anfechten, wenn der verstorbene Ehegatte schlechtgläubig war. Diese Abweichung hat ihren Grund in dem Zwecke des Anfechtungsrechts (vgl. A 1), der entfällt, wenn die Möglichkeit der Wiedervereinigung des für tot Erklärten mit seinem Ehegatten schon durch den Tod des andern Ehegatten geschaffen ist.

11. **Wiederaufleben der aufgelösten Ehe.** Wird die neue Ehe mit Erfolg angefochten, so lebt mit Eintritt der Rechtskraft der Nichtigkeitserklärung die frühere Ehe mit dem für tot erklärten, aber noch lebenden Ehegatten wieder auf. Einer neuen Eheschließung bedarf es nicht. Der doppelt verheiratete Ehegatte erlangt nicht das Recht, sich mit einem Dritten zu verheiraten. Hat der für tot Erklärte sich inzwischen anderweitig verheiratet, so unterliegt diese Ehe der Nichtigkeitserklärung aus § 1309, da durch den mit Erfolg durchgeführten Anfechtungsstreit die im § 1348 Abs 1 Satz 1 bestimmte eheauflösende Kraft der zweiten Eheschließung nachträglich beseitigt worden ist.

§ 1351

[1])Wird die Ehe nach § 1350 von dem Ehegatten der früheren Ehe[2]) angefochten, so hat dieser dem andern Ehegatten nach den für die Scheidung geltenden Vorschriften der §§ 1578 bis 1582 Unterhalt zu gewähren[3]), wenn nicht der andere Ehegatte bei der Eheschließung wußte, daß der für tot erklärte Ehegatte die Todeserklärung überlebt hat[4]).

E II 1484 P 4, 534.

1. In Ansehung der **gegenseitigen Unterhaltspflicht der Ehegatten** der neuen Ehe sind grundsätzlich die allgemeinen Bestimmungen des § 1345 über die Unterhaltspflicht bei Nichtigkeit der Ehe maßgebend. Danach soll ein bösgläubiger Ehegatte wie ein für allein schuldig erklärter Ehegatte unterhaltspflichtig sein. Von diesem Grundsatze weicht der § 1351 insofern ab, als er in einem bestimmten Falle auch dem gutgläubigen Ehegatten die Unterhaltspflicht auferlegt. Hierfür waren hauptsächlich Billigkeitsrücksichten bestimmend.

2. Der **Ehegatte der früheren Ehe** ist der doppelt verheiratete Ehegatte. Dem für tot erklärten Ehegatten der früheren Ehe steht das Anfechtungsrecht aus § 1350 nicht zu. Wird die Ehe nach § 1350 von dem andern Ehegatten angefochten, so ist zwar § 1351 unanwendbar, aber dem andern Ehegatten kann, wenn der doppelt verheiratete Ehegatte bösgläubig war, gegen diesen nach den allgemeinen Bestimmungen des § 1345 ein Unterhaltsanspruch zustehen. Dem Ehegatten der früheren Ehe ist ein Unterhaltsanspruch gegen den andern Ehegatten der neuen Ehe auch für den Fall, daß von letzterem die Anfechtung ausgeht, versagt, weil sein Anspruch auf Unterhalt gegen den für tot erklärten, noch lebenden Ehegatten mit der früheren Ehe wieder auflebt.

3. **Unterhaltspflicht.** Vgl. auch §§ 1608 Abs 2, 1609 Abs 2 Satz 2 BGB und § 3 Abs 2 KO.

4. Vgl. § 1348 A 8.

§ 1352

Wird die frühere Ehe nach § 1348 Abs 2 aufgelöst, so bestimmt sich die Verpflichtung der Frau, dem Manne zur Bestreitung des Unterhalts eines gemeinschaftlichen Kindes einen Beitrag zu leisten, nach den für die Scheidung geltenden Vorschriften des § 1585[1]).

E I 1465 II 1485 Satz 2 M 4, 645 P 4, 456.

1. Der § 1352 bezieht sich auf den Fall, daß der für tot erklärte Ehegatte (Mann oder Frau) noch lebt, seine Ehe durch Wiederverheiratung seines Ehegatten nach § 1348 Abs 2 aufgelöst ist und Kinder aus dieser Ehe vorhanden sind. Er regelt das Verhältnis der Ehegatten der aufgelösten Ehe zueinander in bezug auf den Unterhalt der gemeinschaftlichen Kinder aus dieser Ehe. Der Unterhaltsanspruch der Kinder gegen ihre Eltern nach allgemeinen Bestimmungen bleibt unberührt, §§ 1601, 1606 Abs 2 Satz 2. In Ansehung der Sorge für die Person des Kindes gilt § 1637.

Fünfter Titel

Wirkungen der Ehe im allgemeinen

§ 1353

[1])Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft[2]) verpflichtet.

Stellt sich das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch[3]) seines Rechtes dar, so ist der andere Ehegatte nicht verpflichtet, dem Verlangen Folge zu leisten. Das Gleiche gilt, wenn der andere Ehegatte berechtigt ist, auf Scheidung[4]) zu klagen.

E I 1272 II 1253 M 4 104 P 4, 94, 99, 431, 434.

1. **Bedeutung der Vorschrift.** Die Ehe begründet gegenseitige Pflichten rechtlicher und sittlicher Art. Der § 1353 Abs 1 kleidet den rechtlichen Inhalt des persönlichen Verhältnisses der Ehegatten in die grundsätzliche Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft. Die Verletzung dieser Pflicht kann die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (§ 606 ZPO) oder die Scheidungsklage (§§ 1567, 1568) begründen. Die hier gebotene eheliche Lebensgemeinschaft muß dem sittlichen Wesen der Ehe entsprechen. Verlangt ein Ehegatte Abweichendes, so mißbraucht er sein Recht und darf auf Erfüllung nicht rechnen. Diese selbstverständliche Folge spricht § 1353 Abs 2 noch besonders aus. — Das BGB kennt keine Klage auf zeitliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Abgesehen von der Aussetzung des Verfahrens (§§ 620, 621 ZPO) und der Gestattung des Getrenntlebens durch einstweilige Verfügung (§ 627 ZPO), kann allerdings die Abweisung der Herstellungsklage zur Aufrechterhaltung des tatsächlichen Getrenntlebens führen (RG JW 00, 148).

2. Die Verpflichtung zur **ehelichen Lebensgemeinschaft** umfaßt die Pflichten zum Zusammenleben, zum Geschlechtsverkehre, zur Treue und zum gegenseitigen Beistande, sowie alle sonstigen dem sittlichen Wesen der Ehe entsprechenden Pflichten. Eine Aufzählung der einzelnen Pflichten ist bei dem unerschöpflichen Inhalte der Ehe nicht ausführbar. Die Erfüllung dieser Pflichten ist rechtlich nicht erzwingbar. Wegen jeder Verletzung der bezeichneten Pflichten ist zwar die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zulässig, aber der obsiegende Teil erlangt durch das Urteil nur eine richterliche Anerkennung seines verletzten Rechts (RG 51, 182) und unter Umständen die Grundlage für einen Scheidungsanspruch. Mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kann auch das Begehren des Mannes, daß seine von ihm getrennt lebende Frau sich zur Herstellung ihrer Gesundheit in eine Heilanstalt begebe, zur Geltung gebracht werden (RG 51, 182), denn jeder Ehegatte ist verpflichtet, diejenigen Hindernisse zu beseitigen, die der ehelichen Lebensgemeinschaft entgegenstehen (RG 59, 256). Das Begehren des Mannes stellt jedoch einen Mißbrauch dar, wenn er der Frau gerechtfertigten Grund zur Trennung gegeben hat und seine ehewidrige Gesinnung fortdauert (RG 3. 12. 06 IV 182/06). Dem Ehegatten, der von seinem Scheidungsrechte wegen Ehebruchs des andern Ehegatten keinen Gebrauch macht, sondern die Ehe fortsetzt, steht weder gegen den schuldigen Ehegatten noch gegen dessen Mitschuldigen eine Klage auf Unterlassung ehebrecherischer Handlungen zu (RG 71, 85). Entschließt sich ein Ehegatte über den Ehebruch des andern Ehegatten hinwegzusehen und die eheliche Lebensgemeinschaft mit ihm fortzusetzen, so erwächst für ihn die Verpflichtung, sein Verhalten so einzurichten,

daß ein erträgliches Zusammenleben der Ehegatten stattfinden kann (RG JW 06, 389[15]). Die Abweisung der Herstellungsklage schließt die Erhebung einer neuen Herstellungsklage auf Grund späterer Ereignisse nicht aus; der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache ist dann ausgeschlossen (RG JW 06, 26[29]). Durch Vereinbarungen der Eheleute kann ihre Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft weder aufgehoben noch eingeschränkt werden (RG 61, 50). Die Einwilligung in die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann der Ehegatte jederzeit widerrufen (RG JW 01, 185; 781; 00, 778). Sind sich die Ehegatten der Nichtigkeit ihrer Vereinbarungen (über Getrenntleben, Verzicht auf Unterhalt und Kindererziehung) bewußt, so liegen rechtsgeschäftliche Erklärungen überhaupt nicht vor. Dies schließt nicht aus, daß andere damit verbundene Vereinbarungen, z. B. die Abrede, Gütertrennung einzuführen, rechtsgeschäftliche Bedeutung haben. Auf einen solchen Fall findet § 139 keine Anwendung (RG 68, 322). Die Entscheidung darüber, ob einer Ehefrau während der Dauer des Ehescheidungsprozesses in Gemäßheit des § 627 ZPO das Getrenntleben vom Ehemann zu gestatten sei, betrifft keine vermögensrechtliche, sondern eine auf dem Familien- und Eheverhältnisse beruhende Frage. In betreff dieser Frage, bezw. für die zu erlassende einstweilige Verfügung finden die Vorschriften der §§ 936—944 ZPO Anwendung. § 940 ZPO betrifft nicht bloß Verfahren, sondern hat auch materiellrechtliche Bedeutung. Es genügt nicht, lediglich von den Voraussetzungen des § 1353 Abs 2 BGB auszugehen (RG 46, 382; 49, 368). Ein Vertrag, durch den getrennt lebende Eheleute lediglich die Höhe der zu gewährenden Unterhaltsrente für die Zeit des Getrenntlebens festsetzen, ist an sich rechtsverbindlich. Er verstößt aber gegen den § 1353 Abs 1 und ist deshalb gemäß §§ 138 139 nichtig, wenn das Getrenntleben durch unerlaubte Mittel ermöglicht und befördert werden soll, z. B. wenn sich die Frau das Recht auf Unterhalt nur durch den Verzicht auf alle ihr sonst gegen den Mann zustehenden Rechte und durch die Zusicherung, fern von ihrem Manne zu wohnen und gerichtliche Schritte zur Wiedervereinigung zu unterlassen, soll wahren können (RG JW 05, 637[1]).

3. Mißbrauch des Rechtes. Das Verlangen wird sich in der Regel dann als ein Mißbrauch darstellen, wenn es dem sittlichen Wesen der Ehe widerspricht, also eine mit der rechten ehelichen Gesinnung unverträgliche Zumutung enthält. Streng genommen handelt es sich dabei nicht um den Mißbrauch eines vorhandenen Rechtes (wie aus der Fassung des Gesetzes gefolgert werden könnte), sondern um die Anmaßung eines nicht vorhandenen Rechtes. — Ob sich das Herstellungsverlangen als Mißbrauch darstellt, ist auf Grund des Sachverhalts von Amts wegen zu prüfen (RG JW 00, 891, JW 02 Beil 272[212], JW 06, 336[14]). Mißbrauch kann angenommen werden, ohne daß dem auf Herstellung klagenden Ehegatten ein schuldhaftes Verhalten zur Last fällt (RG JW 04, 409[18]). Ein nicht ernstlich gemeintes Herstellungsverlangen stellt einen Rechtsmißbrauch dar (RG JW 01, 293, JW 02 Beil 272[212], JW 07, 107[8]). Unschlüssig ist die Folgerung, das Herstellungsverlangen könne deshalb, weil an erster Stelle Scheidung begehrt werde, nicht ernstlich sein (RG JW 07, 141[23], 06, 22[22]; RG Warn 08, 160[218]). Mangel einer geeigneten Ehewohnung genügt zur Annahme eines Mißbrauchs nur, wenn es dem Kläger auch an der Bereitwilligkeit und den Mitteln zur Beschaffung einer solchen Wohnung gebricht (RG JW 01, 296, 385; RG 13. 2. 05 IV 531/04; RG JW 08, 406[8]). Das Verlangen nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft ist nicht schon deshalb mißbräuchlich, weil sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft irgend eine Gefahr für den andern Teil ergibt. Insbesondere liegt ein Rechtsmißbrauch nicht vor, wenn die fragliche Gefahr dem ehelichen Zusammenleben als solchem eigentümlich ist, wie die mit der Schwangerschaft und Niederkunft der Frau verbundene Gefahr (RG JW 01, 648; RG 11. 7 01 IV 154/01). Dagegen erscheint das Verlangen als mißbräuchlich, wenn es von dem mit einer gefährlichen und ansteckenden Geschlechtskrankheit behafteten Manne ausgeht (RG JW 07, 178[18]; 48[9]). In solchem Falle wird in der Regel auch das Verlangen, nur die häusliche Gemeinschaft herzustellen, einen Mißbrauch darstellen (RG JW 05, 722[14]). Mißbrauch liegt vor, wenn der Herstellungskläger in seinem Hause ein vertrautes Verhältnis zu einer andern Frau unterhält und dessen Auflösung zwar in Aussicht stellt, aber tatsächlich fortsetzt (RG 19. 4. 06 IV 509/05). Das Herstellungsverlangen des Mannes, der vor der Ehe versprochen hat, die Kinder in der Religion der Mutter zu erziehen, aber dem Versprechen entgegenhandelt und dadurch Streitigkeiten hervorruft, kann unter Umständen einen Mißbrauch des Rechts enthalten (RG JW 06, 21[21]). Hat der Mann die Trennung der Frau durch Mißhandlung (RG JW 02, Beil 204), Bedrohung, Beschimpfung, Versagung des Unterhalts, Vorenthaltung der Stellung als Hausfrau (RG JW 03, Beil 103[232]) oder durch sonstige unwürdige Behandlung veranlaßt, so stellt sich sein Herstellungsverlangen solange als mißbräuchlich dar, als in seiner zuvor betätigten ehewidrigen Gesinnung nicht eine Wandelung eingetreten und für den gekränkten Teil erkennbar geworden ist. Die Beklagte ist nicht gehalten,

sich der Gefahr neuer Unbilden auszusetzen. Liegt aber für sie bei vernünftiger Würdigung der Umstände kein Grund mehr zu Befürchtungen vor, so ist das Verlangen berechtigt. Vgl. dazu RG JW 03 Beil 71[164]; RG 3. 10. 04 IV 83/04; 27. 3. 05 IV 559/04; 14. 4. 10 IV 336/09; Warn 08 Nr 419. — Anderseits ist ein Mann, der zum Getrenntleben keinen Anlaß gegeben hat, nicht verpflichtet, der Beklagten vor ihrer Rückkehr Beweise seiner künftigen entgegenkommenden Behandlung zu liefern (RG 8. 4. 07 IV 392/06). Verziehene Verfehlungen können nur in Verbindung mit einer nicht verziehenen Verfehlung die Anwendung des § 1353 Abs 2 Satz 1 rechtfertigen (RG 27. 4. 05 IV 112/05). Dagegen kann wegen der nämlichen Verfehlung Rechtsmißbrauch geltend gemacht werden, auch wenn die Scheidungsklage infolge Fristablaufs ausgeschlossen ist (RG JW 03, Beil 44[96]; RG 14. 4. 10 IV 336/09).

4. Hier kommen nur die auf Verschulden beruhenden **Scheidungsgründe** der §§ 1565 bis 1568 in Betracht (RG JW 03 Beil 44[96]). Dafür spricht die Entstehungsgeschichte, aus der sich ergibt, daß bei Wiederannahme des ursprünglich abgelehnten Scheidungsgrundes der Geisteskrankheit durch den Reichstag übersehen worden ist, auch die ursprüngliche Fassung dieses Zusatzes (wegen Verschuldens) wiederherzustellen (Erler, Ehescheidung, § 33 A 37). Verfehlungen, die nicht oder nicht mehr den Scheidungsanspruch begründen, können gleichwohl das Herstellungsverlangen als mißbräuchlich erscheinen lassen (RG JW 03 Beil 44[96], 87[200]). Mit Recht verweigert die Gemeinschaft auch der zur Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage berechtigte Ehegatte, wenn die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung ihm unbekannt, dem anderen Ehegatten aber bekannt war (§ 1345 Abs 1). Die Verweigerung verliert jedoch ihre Berechtigung, wenn der klageberechtigte Ehegatte keine Anstalten trifft, die Nichtigkeitserklärung der Ehe herbeizuführen. Eine dem § 1571 Abs 2 entsprechende Aufforderung zur Erhebung der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gibt es nicht. — Die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft muß, auch wenn bereits vor dem Inkrafttreten des BGB auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett erkannt worden ist (Art 202 EG, § 1564 A 6) den Vorschriften des BGB entsprechen (RG JW 05, 110[2]).

§ 1354

[1])Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten[2]) zu; er bestimmt insbesondere Wohnort[3]) und Wohnung.

Die Frau ist nicht verpflichtet, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch[4]) seines Rechtes darstellt.

E I 1273 II 1254 M 4, 105 P 4, 94.

1. **Bedeutung der Vorschrift.** Der natürlichen Ordnung des Verhältnisses entspricht es, daß dem Manne als dem Haupte der Familie in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten, wenn die Meinungen der Ehegatten auseinander gehen, die Entscheidung zusteht. Diesen Grundsatz spricht § 1354 Abs 1 Halbs 1 aus. Eine Folge dieses Grundsatzes hebt Halbs 2 hervor. Da das Entscheidungsrecht des Mannes seine Begrenzung im Wesen der Ehe finden muß, braucht sich die Frau, wie Abs 2 bestimmt, einer mißbräuchlichen Entscheidung des Mannes nicht zu fügen. Für rechtsgeschäftliche Abmachungen unter Eheleuten über den Inhalt des § 1354 ist kein Raum (RG 61, 53). Vgl. auch RG Gruch 45, 79.

2. Zu den **Angelegenheiten, die das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffen,** gehören die Wahl des Wohnortes und der Wohnung, die Bestimmung des ehelichen Aufwandes, die Einrichtung des Haushalts und viele andere, das Zusammenleben der Familie regelnde Maßnahmen wirtschaftlicher und sittlicher Natur. Hierzu gehört auch die Pflege und Erziehung der Kinder, insofern diese Angelegenheit im Verhältnisse der Ehegatten zueinander (nicht im Verhältnisse zu den Kindern selbst, § 1634 Satz 2, § 1666) der Entscheidung bedarf (RG 55, 419; RG 2. 1. 08 IV 391/07; vgl. auch A 3). Wegen Rechtswirksamkeit einer durch den Mann abgeschlossenen Versicherung aller (auch der Frau gehöriger) Stücke des gemeinsamen Haushalts vgl. RG JW 07, 525[35]). Betreibt die Ehefrau mit Genehmigung des Ehemannes für eigene Rechnung ein Gewerbe (z. B. ein Schankgewerbe), so scheidet der Gewerbebetrieb aus dem Bereiche der gemeinschaftlichen Angelegenheiten des § 1354 aus und die Frau ist berechtigt, dem Manne das Betreten der Gewerbsräumlichkeiten zu untersagen (RGSt 35, 395). Dem Ehemanne liegt hinsichtlich der Ehefrau eine gesetzliche Aufsichtspflicht (wie z. B. dem Vater nach § 1631, dem Vormunde nach § 1800) nicht ob. Aber ein Ehemann ist für den von seiner geisteskranken Ehefrau angerichteten Schaden verantwortlich, wenn er nicht für deren Bewachung oder Unterbringung in einer Anstalt sorgt (RG JW 09, 17[11]).

3. **Wohnort** ist hier gleichbedeutend mit Aufenthaltsort. Wegen des Wohnsitzes der Ehefrau vgl. § 10. Das Recht, Wohnort und Wohnung der Ehefrau zu bestimmen, hat der Ehemann nur, wenn unter den Gatten noch die ungeteilte, völlige Lebensgemeinschaft besteht, nicht aber wenn die Frau deren Herstellung aus § 1353 verweigern darf und verweigert (RG 8. 5. 07 IV 491/07; RG JW 08, 110[8]). Ein Verzicht des Mannes auf das Recht, Wohnort und Wohnung zu bestimmen, ist unwirksam (RG 7. 11. 07 IV 115/07). Vgl. auch § 1353 A 2 über die Befugnis des Mannes, zu verlangen, daß sich die Frau in eine Heilanstalt begebe, und über die Unwirksamkeit der die eheliche Lebensgemeinschaft aufhebenden oder einschränkenden Vereinbarungen. — Die Ehefrau teilt den Wohnsitz des Mannes, wenn er im Inlande belegen ist, auch in dem Falle, daß sie von dem Manne getrennt lebt und hierzu berechtigt ist (RG 59, 337).

4. **Mißbrauch des Rechtes** bedeutet hier dasselbe, wie im § 1353 Abs 2 (vgl. daselbst A 3). Eine Ehefrau, die die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert, kann gegenüber der Klage des Mannes auf Herausgabe der Kinder geltend machen, daß die Entscheidung des Mannes über den Aufenthalt der Kinder ein Mißbrauch seines ehelichen Rechtes im Sinne des § 1354 Abs 2 sei (RG 55, 419). Dieser Einwand ist jedoch nur für den Fall zugelassen, daß die vom Manne in bezug auf das Kind getroffene Anordnung darauf abzielt, auf die Frau, die die Herstellung der Gemeinschaft mit Recht verweigert, einen unberechtigten Zwang zur Herstellung der Gemeinschaft auszuüben, nicht aber für den Fall, daß der Mann nur, um für das Kind zu sorgen, Anordnung trifft. Im Rechtsstreite der Eheleute um Herausgabe eines gemeinschaftlichen Kindes kann die Frau den Einwand des Mißbrauchs nicht auf Gründe stützen, die dem Gebiete der Fürsorge für die Person des Kindes angehören. Da bei einer Meinungsverschiedenheit der Eltern nach § 1634 die Meinung des Vaters vorgeht, so ist die Frau, wenn sie das Wohl des Kindes bei dem die Herausgabe fordernden Manne gefährdet glaubt, darauf angewiesen, die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1666 anzurufen (RG JW 07, 6[6]). Der Frau steht sogar eine selbständige Klage auf Herausgabe des Kindes gegen ihren zur Herstellung des ehelichen Lebens rechtskräftig verurteilten Mann zu (RG 2. 1. 08 IV 391/07).

§ 1355

[1])Die Frau erhält[2]) den Familiennamen[3]) des Mannes[4])[5]).

E I 1274 II 1255 M 4, 106, 1005 P 4, 97, 448.

1. Zu den Wirkungen der Ehe gehört es, daß die Frau mit der Eheschließung den **Familiennamen des Mannes** erhält. Eine natürliche Folge der durch die Ehe begründeten vollständigen Lebensgemeinschaft ist es, daß beide Ehegatten einen und denselben Familiennamen führen und zwar den Familiennamen des Mannes, weil dies der Stellung des Mannes als Haupt der Familie und der deutschen Sitte entspricht.

2. **Recht und Pflicht zur Namensführung.** Die Frau legt mit der Eheschließung ihren bisherigen Familiennamen ab und führt fortan den Familiennamen des Mannes. Dazu ist sie aber nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Diese Verpflichtung ergibt sich aus dem im § 1353 Abs 1 ausgesprochenen Grundsatze, daß die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind. Verletzt die Frau diese Verpflichtung, so setzt sie sich der Klage des Mannes auf Herstellung des ehelichen Lebens aus. — Die Ehefrau kann einem andern die unbefugte Führung des Familiennamens ihres Mannes auch ohne dessen Genehmigung aus eigenem Rechte gemäß § 12 untersagen (RG 26. 11. 01 IV 170/01).

3. **Familiennamen.** Die Personennamen lassen sich in Familiennamen (Zunamen) und Vornamen einteilen. Der Familienname bezeichnet die Abstammung einer Person. Ihn überkommt mit der Geburt jedes derselben Familie angehörige Mitglied. Die Vornamen dagegen werden dem Kinde von seinen Angehörigen besonders beigelegt (§ 22 Nr 4 PStG). Daß die Frau auch den Vornamen des Mannes erhält, schreibt § 1355 nicht vor, sie behält vielmehr ihre eigenen Vornamen. Nicht verboten ist, daß die Frau dem Familiennamen ihres Mannes ihren Mädchennamen oder der Mann seinem Namen den der Frau beifügt.

4. **Auflösung und Nichtigkeit der Ehe.** Die Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes berührt Recht und Pflicht der Frau zur Führung des Familiennamens des Mannes nicht. Für den Fall der Scheidung gilt § 1577. Wird die Ehe auf erhobene Nichtigkeitsbezw. Anfechtungsklage für nichtig erklärt, so fallen Recht und Pflicht der Frau aus § 1355 weg.

5. **Stand.** Die Frau nimmt an der gesellschaftlichen Lebensstellung des Mannes teil, was namentlich für die gegenseitige Unterhaltspflicht der Eheleute (§ 1360) und für das Scheidungsrecht (§ 1568) wichtig ist. Insoweit der Stand des Mannes im öffentlichrecht-

lichen Sinne in Frage kommt, sind die Landesgesetze maßgebend. Das BGB hat es abgelehnt, sich mit dem Erwerb und Verluste des Adels durch Eheschließung zu befassen, da es an den adligen Stand keinerlei besondere Rechtsfolgen knüpft. — Wegen der Familienverhältnisse der landesherrlichen Familien und der Familien des hohen Adels vgl. die Ausnahmebestimmungen in Artt 57, 58 EG.

§ 1356

Die Frau ist, unbeschadet der Vorschriften des § 1354[1]), berechtigt und verpflichtet[2]), das gemeinschaftliche[3]) Hauswesen zu leiten[4]).

Zu Arbeiten[5]) im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen[6]), in denen die Ehegatten leben, üblich ist[7]).

E I 1275 II 1256 M 4, 107 P 4, 99.

1. Der Hinweis auf § 1354 stellt klar, daß dem **Manne** auch in den das gemeinschaftliche Hauswesen betreffenden Angelegenheiten bei Meinungsverschiedenheit die **Entscheidung** zusteht und daß die Frau der Entscheidung des Mannes nicht Folge zu leisten braucht, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt.

2. **Recht und Pflicht** der Frau zur Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens können im Falle der Verletzung durch Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens geltend gemacht werden. — Für rechtsgeschäftliche Abmachungen unter den Eheleuten über den Inhalt des § 1356 ist kein Raum (RG 61, 53).

3. Die **Gemeinschaftlichkeit** des Hauswesens besteht freilich nur solange, als die häusliche Gemeinschaft unter den Eheleuten dauert. Eine Frau, die, gleichviel aus welchem Grunde, außerhalb der häuslichen Gemeinschaft steht, befindet sich daher nicht in der vom § 1356 Abs 1 vorausgesetzten Rechtslage, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten. Eine andere Frage ist es aber, ob die von ihrem Manne getrennt lebende Frau berechtigt und verpflichtet ist, die Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens zu übernehmen bezw. wiederaufzunehmen. Diese Frage beantwortet sich danach, ob sie mit Recht oder Unrecht die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verweigert. Durch einseitige willkürliche Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft kann weder die Frau sich ihrer Pflicht entziehen, noch der Mann ihre Rechte schmälern.

4. Die **Leitung** des Hauswesens (Abs 1) bedeutet etwas anderes als die Arbeiten im Hauswesen (Abs 2). Erstere umfaßt nur die Tätigkeit als Vorsteherin. — Über die Verantwortlichkeit der Ehefrau für Vorgänge im Hauswesen (Duldung des Unzuchtsbetriebs in Zimmern eines Gasthauses) vgl. RGSt JW 09, 293[22]. Dazu auch RG JW 06, 243[12] (Verpflichtung des Mannes, dem kupplerischen Treiben der Frau Einhalt zu gebieten).

5. Die im Abs 2 bezeichneten **Arbeiten** setzen ebenso wie die Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens (Abs 1) voraus, daß unter den Eheleuten häusliche Gemeinschaft besteht. Das in A 3 Gesagte gilt aber auch hier. — Eine Frau, die im Geschäfte einer Gesellschaft, das auch das Geschäft ihres Ehemannes als Gesellschafters ist, Dienste verrichtet, dabei auf dessen Weisung oder mit dessen Zustimmung tätig wird und zugleich die ihr als Ehefrau gemäß § 1356 obliegende Pflicht erfüllt, nimmt nicht die Stellung einer Handlungsgehilfin ein (RG JW 09, 502[30]).

6. Nicht lediglich der Stand des Mannes, sondern die **Verhältnisse**, in denen die Ehegatten leben, sind für die Frage, ob die Frau zu den in Rede stehenden Arbeiten verpflichtet ist, maßgebend (RG 62, 297).

7. **Schadensersatz.** Betätigt eine Frau ihre Erwerbstätigkeit lediglich im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes, so kann ein Schadensanspruch für den Verlust oder die Verminderung ihrer Erwerbsfähigkeit infolge einer Körperverletzung (§§ 842 u. f.) nicht von ihr, sondern nur von dem Manne erhoben werden (RG 63, 195; RG JW 05, 341[12]; 06, 469[26]; RG 14. 5. 08 IV 507/07; vgl. auch § 1367 A 2, § 1380 A 3, § 1439 A 2). Der Mann kann gegen die Frau, die ihn grundlos verlassen hat, einen vermögensrechtlichen Schadensersatzanspruch nicht mit der einfachen Tatsache begründen, das ehewidrige Verhalten der Frau habe für seinen Haushalt und sein Geschäft Nachteile im Gefolge gehabt; es kommt darauf an, ob außerdem die Voraussetzungen des § 823 oder des § 826 vorliegen (RG JW 05, 431[10]). Ansprüche, die Eheleuten aus einem Unfall der Frau gegen den Schadensersatzpflichtigen erwachsen, stehen ihnen nicht gemeinschaftlich zu, sondern verteilen sich nach rechtlichen Gesichtspunkten (vgl. darüber RG 11. 2. 07 VI 224/06).

§ 1357

[1])**Die Frau ist berechtigt**[2]), **innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises**[3]) **die Geschäfte des Mannes**[4]) **für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, gelten als im Namen des Mannes vorgenommen, wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt**[5]).

Der Mann kann das Recht der Frau beschränken oder ausschließen. Stellt sich die Beschränkung oder die Ausschließung als Mißbrauch des Rechtes des Mannes dar, so kann sie auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht aufgehoben werden[6]). **Dritten gegenüber ist die Beschränkung oder die Ausschließung nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam**[7])[8]).

E I 1278 II 1257 M 4, 117 ff. P 4, 106.

1. Der § 1357 handelt von der sog. **Schlüsselgewalt** der Frau. Die Schlüsselgewalt ist der Frau beigelegt, damit sie die ihr durch § 1356 zugewiesene Aufgabe, dem gemeinschaftlichen Hauswesen vorzustehen, erfüllen könne. Die Schlüsselgewalt steht der Frau zu, gleichviel welches Güterrecht in ihrer Ehe herrscht — Für rechtsgeschäftliche Abmachungen unter den Eheleuten über den Inhalt des § 1357 ist kein Raum (**RG** 61, 53). Der Mann kann das Recht der Frau beschränken oder ausschließen.

2. Die **Berechtigung der Frau** beruht auf dem vermuteten Einverständnisse des Mannes. Gegen den erklärten Willen des Mannes ist die Frau deshalb nicht berechtigt, die fraglichen Geschäfte vorzunehmen. — Zulässig ist es, daß der Mann in Zeitungen bekanntmacht, er komme für Schulden seiner Frau nicht auf (**RG** JW 05, 135[9]).

3. Der **häusliche Wirkungskreis** einer Frau umfaßt nicht nur die zur Führung des Haushalts erforderlichen Geschäfte (Einkäufe von Lebensmitteln und andern notwendigen Verbrauchsgegenständen, Annahme und Entlassung von Dienstboten; vgl. jedoch Art 95 EG), sondern auch Geschäfte, die sich auf den Haushalt nicht beziehen, aber zu den ehelichen Lasten gehören, z. B. die Anschaffung der notwendigen Kleidung für die Frau und die Kinder, und die Kosten der Erziehung der Kinder Die Geschäfte müssen jedoch innerhalb desjenigen Kreises liegen, der durch die gesellschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten und durch die Sitte bestimmt wird. Wie **RG** 61, 80 ausführt, erstreckt sich die Schlüsselgewalt auf alle den ehelichen Aufwand betreffende Besorgungen, deren besondere Beschaffenheit nach der bestehenden Sitte auf eine Erledigung durch die Frau hinweist. Dabei wird vorausgesetzt, daß die Geschäfte (z. B. Beschaffung der Kleidung für die Frau) der äußeren Gestaltung des Ehelebens entsprechen, die wiederum von dem Manne abhängt. Darauf, ob die Einkünfte des Mannes einen größeren Aufwand gestatten, kommt es nicht an. Nur der tatsächliche Zuschnitt des Hauswesens, heißt es **RG** 61, 81, und die damit zusammenhängende äußere Lebensführung der Ehegatten, nicht aber eine Lebenshaltung, wie sie mit Rücksicht auf das Einkommen des Mannes beschaffen sein müßte, in Wirklichkeit aber nicht beschaffen ist, kennzeichnen nach Inhalt und Umfang den häuslichen Wirkungskreis der Frau und damit zugleich die Grenzen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht.

4. Zu den **Geschäften des Mannes** gehört auch die zur Verfügung über Ehegut erforderliche Einwilligung des Mannes. Ihre eigenen Geschäfte kann die Frau selbstverständlich allein besorgen. — Wegen der Haftung des Mannes für Schaden, der infolge einer von der Frau dem Dienstboten erteilten und von diesem verfolgten Anweisung entsteht, vgl. **RG** JW 06, 460[15].

5. Hier wird die Vermutung aufgestellt, daß die Frau als **Vertreterin ihres Mannes** habe handeln wollen. Im Verhältnisse der Ehegatten untereinander wird der Mann wie ein Auftraggeber berechtigt und verpflichtet. Im Verhältnisse zu Dritten wird lediglich der Mann verhaftet, soweit die Frau nicht ausdrücklich für sich handelt. Gegenüber dem Dritten kommt es nicht darauf an, daß das innerhalb des gesetzlichen Kreises liegende Rechtsgeschäft im einzelnen Falle zur Befriedigung eines Bedürfnisses notwendig war.

6. Auch die **Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens** kann, falls ein Ehegatte seine Rechte aus § 1357 mißbraucht, beim Prozeßgericht erhoben werden, paßt aber nur auf solche Fälle, in denen durch das Verhalten des einen Teiles die eheliche Gemeinschaft vollständig unmöglich gemacht oder aufgehoben ist.

7 **Vertragschließung der Frau mit mehreren Dritten. Beweislast.** Die Frau kann ihre Vertretungsmacht mißbrauchen, wenn sie durch Verträge mit mehreren Dritten zwar dem einzelnen gegenüber innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises handelt, im ganzen aber die gesetzlichen Grenzen überschreitet. Behauptet der Mann eine übermäßige Vervielfältigung solcher an sich zulässiger Anschaffungen, so ist es seine Sache, sowohl die Tat-

sache des Mißbrauchs, als auch deren Erkennbarkeit für den Dritten nachzuweisen (**RG** 61, 83; **RG** 30. 9. 07 IV 50/07).

8. **Einfluß des Getrenntlebens der Ehegatten auf die Schlüsselgewalt.** Die Vertretungsbefugnis der Frau setzt regelmäßig eine Gemeinschaftlichkeit des Hauswesens voraus. Die Verbindung mit dem Hauswesen des Mannes wird aber nicht nur tatsächlich, sondern in dieser Beziehung auch rechtlich gelöst, sobald die Frau aus eigener Entschließung sich auf die Dauer vom Manne trennt. Umgekehrt bleibt die Gemeinschaftlichkeit des Hauswesens und darum auch die Vertretungsbefugnis der Frau ihr erhalten, wenn die Trennung nur vorübergehend ist und insbesondere dann, wenn sie im Einvernehmen mit dem Manne vor sich geht (**RG** 30. 9. 07 IV 50/07; vgl. auch **RG** 60, 12 und § 1435 A 3).

§ 1358

[1])Hat sich die Frau[2]) einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung[3]) verpflichtet[4]), so kann der Mann das Rechtsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist[5]) kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem Vormundschaftsgerichte dazu ermächtigt worden ist. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu erteilen, wenn sich ergibt, daß die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt[6]).

Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Mann der Verpflichtung zugestimmt hat oder seine Zustimmung auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt worden ist. Das Vormundschaftsgericht kann die Zustimmung ersetzen, wenn der Mann durch Krankheit oder durch Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist oder wenn sich die Verweigerung der Zustimmung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist, steht das Kündigungsrecht dem Manne nicht zu.

Die Zustimmung sowie die Kündigung kann nicht durch einen Vertreter des Mannes erfolgen; ist der Mann in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

E I 1277 II 1258 M 4, 110 ff. P 4, 101 ff.; 6, 272.

1. **Zweck der Vorschrift.** Da die Frau weder als Ehefrau noch kraft des ehelichen Güterrechts in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (vgl. §1395 A 1), so könnte sie sich durch Eingehung vertraglicher Verpflichtungen der im § 1358 bezeichneten Art ihren aus der ehelichen Gemeinschaft folgenden Pflichten (§§ 1353, 1356) entziehen. Einem solchen Mißbrauche will der § 1358 vorbeugen.

2. Nur auf die **Frau** bezieht sich § 1358. Hat sich der Mann durch Verträge der fraglichen Art, z. B. durch Übernahme fortdauernder Schiffsdienste der ehelichen Gemeinschaft gänzlich entzogen, so kann die Frau auf Herstellung des ehelichen Lebens, schlimmstenfalls auf Scheidung klagen.

3. Z. B. die persönlichen **Leistungen** aus Dienstverträgen, Werkverträgen, Aufträgen oder Gesellschaftsverträgen.

4. Die **Verpflichtung** muß nach der Eheschließung eingegangen sein. Für vorher eingegangene Verpflichtungen gelten die allgemeinen Grundsätze.

5. Selbstverständlich kann der Mann auch unter Einhaltung einer **Kündigungsfrist** kündigen und dazu vom Vormundschaftsgericht angehalten werden. Wegen **rückständiger Leistungen**, deren Nachholung nicht schon durch die Natur des Rechtsgeschäfts oder der Leistungen selbst ausgeschlossen ist, hat der Dritte einen Anspruch auf Nachleistung, ferner, wenn er von der Frau über ihre Eigenschaft als Ehefrau getäuscht worden ist, einen Anspruch auf Schadensersatz.

6. Das **Vormundschaftsgericht** befindet nach freiem Ermessen. Vgl. § 45 FGG, Art 147 EG (Zuständigkeit) und § 53 FGG (Ermächtigung).

§ 1359

Die Ehegatten haben bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen[1]) einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen[2]).

E I 1279 II 1259 M 4, 121 P 4, 108.

1. **Alle Verpflichtungen**, die sich auf das eheliche Verhältnis (nicht bloß das eheliche Güterrecht) gründen, insbesondere die gegenseitige Unterhaltspflicht, werden vom § 1359 betroffen.

2. Treten Ehegatten miteinander in einen gewöhnlichen rechtsgeschäftlichen Verkehr, so finden auch die Vorschriften über die in diesem Verkehr anzuwendende Sorgfalt Anwendung.

§ 1360

Der Mann¹) hat der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung²), seines Vermögens³) und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt⁴) zu gewähren.

Die Frau hat dem Manne, wenn er außerstande ist⁵), sich selbst zu unterhalten, den seiner Lebensstellung entsprechenden⁶) Unterhalt nach Maßgabe ihres Vermögens⁷) und ihrer Erwerbsfähigkeit zu gewähren.

Der Unterhalt ist in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise⁸) zu gewähren. Die für die Unterhaltspflicht der Verwandten geltenden Vorschriften der §§ 1605, 1613 bis 1615 finden entsprechende Anwendung⁹).

E I 1280, 1281 II 1260 M 4, 122 P 4, 109 ff.

1. **Die Unterhaltspflicht des Mannes gegenüber der Frau** folgt aus dem Wesen der Ehe und aus der Pflicht des Mannes, die ehelichen Lasten zu tragen. Bedürftigkeit der Frau wird nicht vorausgesetzt; anders § 1602 Abs 1 bei Verwandten (RG JW 08, 454[15]; 07, 23[26]). Der Mann ist nicht berechtigt, seinen Unterhalt für sich selbst vorab zu nehmen, vielmehr muß er, was er hat, mit der Frau teilen, selbst wenn es nicht einmal für den beiderseitigen notdürftigen Unterhalt ausreicht; anders § 1603 bei Verwandten (RG JW 00 Beil S 849; JW 04, 294[18]). — Der Grundsatz des § 1360 gilt für alle Ehen, gleichviel welcher Güterstand sie beherrscht (RG 69, 293). Die Bestimmungen des Art 14 EG über die persönlichen Rechtsbeziehungen der Gatten, zu denen auch die Unterhaltspflicht gehört, sind auf ausländische Ehegatten dann anzuwenden, wenn beide dem nämlichen Staate angehören (RG 62, 400). Ein Vertrag, in dem die Frau dem Manne gegenüber auf das Recht, standesmäßigen Unterhalt zu verlangen, verzichtet, ist auch dann nichtig, wenn der Verzicht nicht unentgeltlich, sondern als Gegenleistung dafür erfolgt, daß der Mann auf das Recht der Verwaltung und Nutznießung des Vermögens der Frau verzichtet (RG JW 05, 682[1]). Ein zwischen Eheleuten vor dem Inkrafttreten des BGB geschlossener, die Unterhaltspflicht der Ehegatten zueinander regelnder Vertrag wird mit dem Inkrafttreten des BGB unwirksam, wenn er dessen Bestimmungen widerstreitet (Art 170, 199 EG; RG JW 05, 682[1]).

2. Die **Lebensstellung** des Mannes ist auch für die Unterhaltspflicht der Frau gegenüber dem Manne bestimmend (vgl. Anm 5).

3. Auch den **Stamm seines Vermögens** hat er nötigenfalls zu opfern.

4. Zum **Unterhalte** gehören auch Krankheits- und Kurkosten. Der Mann hat auch den durch den Unterhalt der Frau im Gefängnisse verursachten Aufwand aus eigenen Mitteln zu bestreiten, wenn die Frau kein Vermögen besitzt. Wegen der Kosten eines Rechtsstreits, den die Frau führt, und wegen der Kosten der Verteidigung der Frau in einem gegen sie gerichteten Strafverfahren vgl. § 1387 A 7, 8.

5. **Die Unterhaltspflicht der Frau gegenüber dem Manne** entspricht dem sittlichen Wesen der ehelichen Gemeinschaft und tritt nicht etwa erst bei völliger Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit des Mannes, sondern schon dann ein, wenn er bei einer den Pflichten eines guten Haus- und Familienvaters entsprechenden Verwendung seiner Mittel nicht imstande ist, sich selbst und seine Familie in einer seiner Lebensstellung entsprechenden Weise zu unterhalten.

6. Die **Lebensstellung** des Mannes, nicht die der Frau ist maßgebend.

7. Auch den **Stamm ihres Vermögens** hat sie nötigenfalls zu opfern.

8. Daraus, daß der Unterhalt in der **durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise** zu gewähren ist, ergibt sich unter anderem als Regel, daß der Mann seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber seiner Frau genügt, wenn er dafür sorgt, daß sie in dem gemeinsamen Haushalte der Eheleute ihren Unterhalt empfangen kann. Der Mann ist regelmäßig nicht verpflichtet, der Frau den Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren und sie auf diese Weise in den Stand zu setzen, außerhalb der Ehewohnung zu leben Diese für die Unterhaltspflicht der Verwandten im § 1612 Abs 1 Satz 1 vorgeschriebene Art der Unterhaltsgewährung ist für das Verhältnis von Eheleuten grundsätzlich ausgeschlossen (RG JW 05, 203[7]). Kann also eine Frau, die sich der ehelichen Lebensgemeinschaft gegen den Willen des Mannes ohne Grund entzieht, von ihrem Manne nicht verlangen, daß er ihr den Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente gewähre, so ist es in einem solchen Falle ausgeschlossen, daß der Vater, der seine von ihrem Manne getrennt lebende Tochter unterhält, dadurch Erstattungsansprüche gegen seinen Schwiegersohn erwirbt (RG 14. 11. 07 IV 182/07). Ein Mann, der seiner Frau die zur Fortführung des gemeinsamen Haushalts

nötigen Mittel geflissentlich vorenthält, kann auch bei fortbestehender ehelicher Lebensgemeinschaft auf Unterhaltsgewährung durch Entrichtung einer Geldrente verklagt werden.

9. Andere anwendbare Vorschriften. Auf den Unterhaltsanspruch des Ehegatten finden ferner die §§ 1608, 1609 und 1611 unmittelbare Anwendung (**RG** JW 03, Beil 81[188]). Die Vorschrift im § 1611 Abs 2 setzt das Maß des einem Ehegatten zu gewährenden Unterhalts für einen besonderen Fall auf den notdürftigen Unterhalt herab.

§ 1361

Leben die Ehegatten getrennt¹), so ist, solange einer von ihnen²) die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf³) und verweigert⁴), der Unterhalt⁵) durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren; auf die Rente finden die Vorschriften des § 760 Anwendung. Der Mann hat der Frau auch die zur Führung eines abgesonderten Haushalts erforderlichen Sachen aus dem gemeinschaftlichen Haushalte zum Gebrauche herauszugeben, es sei denn, daß die Sachen für ihn unentbehrlich sind oder daß sich solche Sachen in dem der Verfügung der Frau unterliegenden Vermögen befinden⁶).

Die Unterhaltspflicht des Mannes fällt weg oder beschränkt sich auf die Zahlung eines Beitrags, wenn der Wegfall oder die Beschränkung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Ehegatten der Billigkeit entspricht⁷).

E I 1460 II 1261 M 4, 633 P 4, 109 ff., 451; 5, 135; 6 272.

1. Nur **tatsächliches Getrenntleben** der Ehegatten wird vorausgesetzt. Das § 1360 A 1 und 9 Gesagte gilt auch für den Fall des § 1361. — Erhebt ein Ehegatte im Falle des Getrenntlebens der Ehegatten unter den Voraussetzungen des § 1361 gegen den andern Ehegatten Anspruch auf Unterhalt, so ist vor allem zu berücksichtigen, daß § 1361 es bei den Bestimmungen des § 1360 Abs 1 und 2 beläßt und von den Bestimmungen des § 1360 Abs 3 nur insofern abweicht, als der Unterhalt in Gestalt einer Geldrente zu gewähren ist. Die klagende Partei hat nur die Voraussetzungen des § 1360 Abs 1, bezw. 2 zu beweisen. Demgegenüber kann sich der Beklagte auf die Ausnahme des § 1361 Abs 2 berufen. Ihm liegt der Beweis der Ausnahme ob (**RG** JW 04, 294[18]). Auch standesmäßiger Unterhalt kann im Wege der einstweiligen Verfügung unter den Voraussetzungen des § 940 ZPO zugesprochen werden (**RG** 16. 3. 05 IV 27/05). Durch den Beginn eines Rechtsstreits unter den Ehegatten wird ihre gegenseitige Unterhaltspflicht an und für sich nicht berührt. Auch eine einstweilige, das Getrenntleben gestattende Verfügung ändert hieran nichts; es greift nur in Ansehung ihres Unterhalts der § 1361 Platz, der sich auf die Art der Unterhaltsgewährung (Abs 1) und die Unterhaltspflicht als solche (Abs 2) bezieht. Soweit § 1361 nicht eingreift, bleibt es bei den allgemeinen Vorschriften; es gelten also § 1360 und § 1611 Abs 2 (**RG** 63, 38). Während des Scheidungsprozesses kann der dem einen Ehegatten gegen den andern zustehende Anspruch auf Unterhaltsgewährung nicht nur im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß § 627 ZPO, sondern auch im Wege der ordentlichen Klage geltend gemacht werden. Gegen die Unterhaltsklage kann die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts oder der Rechtshängigkeit nicht darauf gestützt werden, daß unter Parteien bereits der Scheidungsprozeß anhängig ist (**RG** 47, 379). Die Ehefrau teilt den Wohnsitz des Mannes, wenn er im Inlande belegen ist, auch in dem Falle, daß sie von dem Manne getrennt lebt und hierzu berechtigt ist (**RG** 59, 337). Nach Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kommen andere Vorschriften zur Anwendung, §§ 1578—1583, 1586. — Die Zubilligung einer Unterhaltsrente gemäß § 1361 setzt nicht voraus, daß dem den Unterhalt verlangenden Ehegatten gerichtsseitig gemäß her Vorschrift des § 627 ZPO das Getrenntleben gestattet worden ist (**RG** JW 05, 179[27]) oder daß er zuvor auf Herstellung des ehelichen Lebens klagen müßte (**RG** JW 02 Beil 215[59]).

2. Ob derjenige Ehegatte, der die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert, der unterhaltsberechtigte oder der unterhaltspflichtige Ehegatte ist, macht keinen Unterschied (**RG** JW 05, 203[7]).

3. **Verweigerungsrecht.** Z. B. wenn ein Fall des S 1 oder S 2 Abs 2 § 1353 vorliegt oder wenn dem Ehegatten vom Gerichte durch einstweilige Verfügung (§ 627 ZPO) das Getrenntleben gestattet worden ist.

4. Die **Verweigerung** kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. — Darüber, daß ein Vertrag der Ehegatten, wodurch die Frau berechtigt wird, dauernd vom Manne getrennt zu leben, nichtig ist, vgl. **RG** 61, 50. — Die Wiedervereinigung der getrennt lebenden Ehegatten hat zur Folge, daß der Unterhaltsanspruch der Frau aus einem vollstreckbaren Urteil auf Geldrente wieder untergeht (**RG** 1. 2. 06 IV 366/05).

5. **Unterhalt der Kinder.** Die Frau ist nicht berechtigt, unmittelbar gegen den Mann zu klagen, die Unterhaltspflicht gegen seine Kinder zu erfüllen. Wird die Frau zur Pflegerin der Kinder bestellt, so kann sie für sich selbst und für die Kinder klagen (Prot 4, 112).

6. Verlangt der Mann von der getrennt lebenden Frau die Herausgabe von **Gegenständen des gemeinschaftlichen Haushalts,** so ist § 1361 Abs 1 Satz 2 nicht, auch nicht sinnentsprechend anwendbar. Das Ehescheidungsgericht ist nicht zuständig, die Herausgabe im Wege der einstweiligen Verfügung anzuordnen (**RG** Gruch 53, 1114).

7. Auch im Falle des § 1361 Abs 2 kann die Frau gleichwie im Falle des § 1578 auf Erwerb durch Arbeit verwiesen werden, sofern nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist (**RG** 9. 11. 08 IV 65/08; **RG** JW 03 Beil 87[201]). Daß die im Abs 2 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen, hat der Mann zu beweisen.

§ 1362

Zugunsten der Gläubiger des Mannes[1]) wird vermutet, daß die im Besitz eines der Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Manne gehören. Dies gilt insbesondere auch für Inhaberpapiere und für Orderpapiere, die mit Blankoindossament versehen sind.

Für die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen, insbesondere für Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte, gilt im Verhältnisse der Ehegatten zueinander und zu den Gläubigern die Vermutung, daß die Sachen der Frau gehören[2]).

E I 1282 II 1262 M 4, 127 ff. P 4, 112 ff.

1. Die Vermutung gilt nicht auch im Verhältnisse der Ehegatten zueinander (anders Abs 2). — Zur Feststellung des Pfandrechts des Vermieters (§ 559) genügt die Vermutung des Abs 1 für den Tatbestand des § 289 StGB nicht, (**RGSt** 36, 332). Der § 1362 Abs 1 ist nicht dahin aufzufassen, daß er eine Verpflichtung der Ehefrau im Sinne des § 260 zur Herausgabe einer Mehrheit oder eines Inbegriffs von Gegenständen (z. B. an den Konkursverwalter), festsetzt (**RG** Gruch 47, 910).

2. **Gegenbeweis.** Sowohl die Vermutung des Abs 1 wie die des Abs 2 können durch Gegenbeweis entkräftet werden, § 292 ZPO. — Die Bestimmung des § 45 KO (Beweispflicht der Ehefrau) wird vom § 1362 BGB nicht berührt. Der § 45 KO betrifft allein solche Gegenstände, welche die Frau während der Ehe erworben hat. Daneben ist für die allgemeine Vermutung aus § 1362 Abs 1 (Mot 4, 130) in dem Sinne Raum, daß auch dem Konkursverwalter diese Vermutung zur Seite steht und er, gegenüber deren Widerlegung durch die Frau, sich zur Erwiderung auf den § 45 KO berufen kann (**RG** Gruch 47, 910). — Zum Beweise ihres Eigentumserwerbs kann sich die mit ihrem Manne in Gütertrennung lebende Frau gegenüber den Gläubigern ihres Mannes, in deren Auftrage bei diesem Sachen gepfändet worden sind, weder auf ihren gegenwärtigen noch auf ihren früheren Besitz berufen, da in beiden Fällen die Vermutung des § 1006 durch die Vermutung des § 1362 Abs 1 beseitigt wird. Die Frau gilt (von der Ausnahme des Abs 2 abgesehen) bis zum Beweise des Gegenteils nicht oder nicht mehr als Eigentümerin der Sachen. Ihr gegenwärtiger oder früherer Besitz überhebt sie nicht des Nachweises des Eigentumserwerbs. Anderseits genügt dieser Nachweis. Die Fortdauer des einmal erworbenen Eigentums braucht sie nicht darzutun (**RG** Gruch 51, 1005).

Sechster Titel
Eheliches Güterrecht

1. Auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts herrschte in Deutschland bis 1900 eine außerordentliche Vielgestaltigkeit. Weit über 100 **verschiedene Güterrechte** standen in Geltung. Am verbreitetsten waren das römische Dotalrecht, die allgemeine Gütergemeinschaft, die aus dem französischen Rechte stammende Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft, die reine Errungenschaftsgemeinschaft und die Verwaltungsgemeinschaft. Jede dieser untereinander sehr verschiedenen Hauptformen des ehelichen Güterrechts besaß ein mehr oder minder ausgedehntes Herrschaftsgebiet. Um dem berechtigten Verlangen nach Rechtseinheit vollkommener zu genügen, ist von einer die Hauptformen des ehelichen Güterrechts in ihren Herrschaftsgebieten schonenden Regelung abgesehen und unter Ausschluß der Landesgesetzgebung ein einheitliches, reichsgesetzliches Güterrecht für ganz Deutschland neu geschaffen worden. Das eheliche Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist das der Nutznießung und Verwaltung des Ehemannes. Es hat zur Grundlage die deutschrechtliche Verwaltungsgemeinschaft, die von allen Hauptformen nicht nur das größte Herrschaftsgebiet besaß, sondern sich auch aus sachlichen Gründen am besten für eine einheitliche Gestaltung des Güterrechts eignete.

Bei der **Verwaltungsgemeinschaft** verbleibt jedem Ehegatten das ihm gehörige Vermögen; nur der Ertrag des Vermögens und der Arbeit beider Ehegatten wird zur Bestreitung der ehelichen Lasten verwendet. Zu diesem Zwecke wird das Vermögen der Ehefrau mit dem des Ehemannes in der Hand des letzteren als des Hauptes der Familie vereinigt. Demzufolge wird der Ertrag des Vermögens und der Arbeit beider Eheleute — abgesehen von dem selbständigen Arbeitsverdienste der Frau — alleiniges Eigentum des Ehemannes und dieser ist anderseits verpflichtet, die ehelichen Lasten allein zu tragen. Die Grundsätze der Verwaltungsgemeinschaft sind einfach und klar, lassen sich auch leicht handhaben. Dem neben diesen Vorzügen bestehenden Übelstande, daß bei Auflösung der Ehe die Aussonderung des Vermögens der Ehefrau auf Schwierigkeiten stoßen kann, sucht das Bürgerliche Gesetzbuch dadurch abzuhelfen, daß es dem überlebenden Ehegatten einen angemessenen erbrechtlichen Anspruch einräumt.

Dem Bürgerlichen Gesetzbuche liegt die Ausübung eines Zwanges zur Unterwerfung unter den gesetzlichen Güterstand fern, vielmehr gewährt es volle **Vertragsfreiheit.** Vor und nach Eingehung der Ehe können die Beteiligten den gesetzlichen Güterstand durch Vertrag ausschließen, wieder einführen oder ändern. Um aber auch denen, die an dem Althergebrachten hängen, ein Zurückgreifen auf bisher geltendes Güterrecht zu erleichtern, hat das Bürgerliche Gesetzbuch im Anschluß an die Grundsätze des gesetzlichen Güterrechts Bestimmungen über die allgemeine Gütergemeinschaft, die reine Errungenschaftsgemeinschaft und die Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft (Fahrnisgemeinschaft) getroffen. Im Belieben der Beteiligten steht es, auf die gesetzlichen Bestimmungen über den einen oder den andern Güterstand im Vertrag einfach Bezug zu nehmen und auf diese Weise einen im wirtschaftlichen Ergebnisse dem veralteten Güterstand entsprechenden Zustand herzustellen. Dasselbe gilt auch von der in den §§ 1427—1431 BGB geregelten Gütertrennung. Den gewählten Güterstand können die Beteiligten in Einzelheiten abändern oder ergänzen. Vgl. M 4, 543.

2. Landesrecht. Das eheliche Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt gleichmäßig für alle Reichsangehörigen, jedoch sind für die in Art 57, 58 EG bezeichneten Familien und Häuser die besonderen Vorschriften der Hausverfassungen und Landesgesetze in dem dort angegebenen Umfang in Kraft geblieben.

3. Übergangsrecht. Nach Art 200 EG bleiben für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze maßgebend, und dies gilt insbesondere auch von den Vorschriften über die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes. Bei der 2. Lesung wurde es zwar als sehr wünschenswert anerkannt, daß das Güterrecht des BGB möglichst bald auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Ehen zur Anwendung gebracht werden könnte, aber die Reichsgesetzgebung überließ die erforderliche Regelung aus Zweckmäßigkeitsgründen der Landesgesetzgebung (Prot 6, 539), und diese hat durch zahlreiche Sondervorschriften die früheren Güterstände in das neue Recht übergeleitet. Der Art 200 Abs 1 betrifft zwar dem Wortlaute nach nur die beim Inkrafttreten des BGB noch bestehenden Ehen, er ist aber nur ein Ausfluß des in ihm zum Ausdrucke gelangten allgemeinen Grundsatzes, daß bei den vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Ehen die bisherigen Gesetze rücksichtlich aller, namentlich auch der erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes maßgebend sein sollen. Dieser Grundsatz greift daher auch ein und muß erst recht Anwendung finden, wenn die Ehe schon *vor* dem Inkrafttreten des BGB *gelöst* ist (RG JW 03 Beil. 2[3] und 13[28]). Durch den Art 200 ist für den durch das Inkrafttreten des BGB bedingten Wechsel in der Gesetzgebung die *Unwandelbarkeit des bestehenden Güterstandes* anerkannt. Die Befugnis einer Ehefrau zur Einklagung einer ihr zustehenden Darlehensforderung ist daher nach dem bisherigen Rechte zu beurteilen, sofern nicht durch die gemäß Artt 200, 218 EG im Wege der Landesgesetzgebung erfolgte Überleitung der bestehenden Güterstände andere Rechtsgrundsätze an die Stelle des altrechtlichen Zustandes getreten sind (RG JW 01, 137.)

Ob **erbrechtliche Wirkungen** sich als Wirkungen eines ehelichen Güterstandes darstellen, läßt sich zunächst nur an der Hand des einzelnen Güterrechts beurteilen. Die Anwendbarkeit des Art 200 Abs 1 setzt aber weiter voraus, daß jene Wirkungen sich auch im Sinne dieser Gesetzesvorschrift als erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes darstellen. Nach (der Anfechtung mit der Revision entzogenen) Lübischem Rechte ist die mit der Abschichtung der Kinder aus einer gütergemeinschaftlichen Ehe als Rechtsfolge verknüpfte, den Verlust des Pflichtteilsrechts für die abgeschichteten Kinder an dem Nachlasse des abgeschichteten Elternteils in sich schließende Totteilung als erbrechtliche Wirkung des Güterstandes anzusehen. Das Gleiche gilt für den 1. Abs dess. Art (RG JW 03 Beil 2[3]). Unter erbrechtlichen Wirkungen sind nicht nur die Wirkungen zu verstehen, die zwischen den Ehegatten selbst entstanden sind, sondern auch solche, die zwischen den Ehegatten und ihren Erben bereits durch den Güterstand endgültig hervorgerufen worden sind (RG 27. 11. 02 IV 241/02; RG 19. 3. 06 IV 496/05). Ehegatten, deren Ehe *vor* dem Inkrafttreten des BGB geschlossen und *nachher* geschieden worden ist, haben für die Art und Weise ihrer Vermögensauseinandersetzung Art 200 EG zu beachten. Allerdings sind gewisse aus der Scheidung und Schuldigerklärung folgende

Rechtswirkungen (z. B. Recht der Namensführung, Unterhaltspflicht, Verhältnis zu den Kindern, Widerruf von Schenkungen) gemäß Art 201 lediglich nach neuem Rechte zu beurteilen, aber für die Abwickelung der ehelichen Güterverhältnisse ist es gleichgültig, aus welchem Grunde die Ehe aufgelöst wurde. Dafür bleibt der Güterstand maßgebend, der in der Ehe zur Zeit ihrer Auflösung bestand (RG 73, 24). Der nächste und eigentliche Zweck der in Art 200 Abs 2 enthaltenen Vorschrift ist, die sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Rechte des überlebenden Ehegatten in Schutz zu nehmen, während dafür, daß zugleich eine Wahrung der den früheren Gesetzesvorschriften entsprechenden Rechtsstellung anderer Erbbeteiligten beabsichtigt gewesen sei, kein Grund aufzufinden ist (RG 65, 255) (betrifft den gesetzlichen Güterstand des Märkischen Provinzialrechts). Vgl. auch RG JW 05, 132[3].

4. **Anwendung ausländischer Gesetze.** Nach Art 15 EGzBGB sind für die Beurteilung des ehelichen Güterrechts die Gesetze desjenigen Staates maßgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Eheschließung angehörte. Die Ehegatten können jedoch einen Ehevertrag schließen, auch wenn er nach diesen Gesetzen unzulässig sein würde. Von dem Grundsatze, daß die Staatsangehörigkeit des Mannes zur Zeit der Eheschließung entscheidet, macht Art 15 EG zugunsten des deutschen Rechts einige Ausnahmen. Näheres bei den einzelnen Gesetzesbestimmungen.

I. Gesetzliches Güterrecht

1. Allgemeine Vorschriften

§ 1363

[1])Das Vermögen der Frau[2]) wird durch die Eheschließung[3]) der Verwaltung[4]) und Nutznießung[5]) des Mannes unterworfen (eingebrachtes Gut)[6]).

Zum eingebrachten Gute gehört auch das Vermögen, das die Frau während der Ehe erwirbt.

E I 1283; II 1263, M 4, 161 ff.; P 4, 122 ff., 129, 140 ff., 150, 157.

1. Das gesetzliche eheliche Güterrecht beruht auf der Verwaltungsgemeinschaft. Vgl. Vorbem 1 vor § 1363. Jeder Ehegatte behält sein Vermögen; das Vermögen der Frau wird jedoch für die Zwecke der Ehe der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen, und letzterer hat die ehelichen Lasten allein zu tragen. Diesen leitenden Grundsatz spricht der § 1363 im allgemeinen aus. Das BGB vermeidet den Ausdruck „Verwaltungsgemeinschaft" als nicht völlig zutreffend (vgl. § 1373 A 4) und bezeichnet das Gesamtrechtsverhältnis als das der „**Verwaltung und Nutznießung des Mannes**". Mit der Eheschließung tritt das bezeichnete Rechtsverhältnis kraft Gesetzes ein (RG 65, 367). Das Nutznießungsrecht des Mannes an eingebrachten Grundstücken bedarf nicht der Eintragung in das Grundbuch. Die Eintragung ist nicht zulässig. Das Recht des Mannes auf den Bezug der Nutzungen am Frauenvermögen (§§ 1373 ff.) entspricht zwar den auch den gesetzlichen Nießbrauch umfassenden §§ 1030 ff., ist jedoch wegen der Besonderheiten des ehemännlichen Nießbrauchsrechts zur Unterscheidung von dem gesetzlichen Nießbrauch als Recht der „Nutznießung" bezeichnet worden. Wegen Unpfändbarkeit der Rechte des Mannes an dem eingebrachten Gute vgl. § 861 ZPO und § 1408 A 2. Die Frau ist nicht berufen, den Mann in seinen Vermögensangelegenheiten zu vertreten. So ist z. B. die von einem Pfandgläubiger des (in Geisteskrankheit verfallenen) Mannes ihr gegenüber bewirkte Ankündigung der Inanspruchnahme des Pfandes unwirksam (RG 68, 146).

2. Das **Vermögen der Frau** umfaßt alle ihr zustehenden Rechte, mögen sie sich auf bewegliche Sachen oder Grundstücke beziehen, übertragbar oder nicht übertragbar sein. Soweit die Ausübung eines Rechtes nach gesetzlicher Vorschrift einem andern nicht überlassen werden kann, bleiben sie auch der Nutznießung des Mannes entzogen (z. B. beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, §§ 1092, 1093). — Zum eingebrachten Gute gehören auch die der Frau aus einer Körperverletzung zustehenden Schadensersatzansprüche (RG 25. 1. 06 IV 369/05).

3. **Durch die Eheschließung** wird (mit der einzigen Ausnahme des im § 1364 behandelten Falles) kraft gesetzlicher Vorschrift das Vermögen der Frau der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen. Einer besonderen Eingehung einer Verpflichtung seitens der Frau bedarf es nicht.

4. Der **Verwaltung** nach Maßgabe der §§ 1373—1409, insbesondere der §§ 1374—1380 wird das Vermögen der Frau unterworfen. Der Mann ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, ihr Vermögen zu verwalten (§ 1344). Zur Verwaltung gehört auch die Führung eines erforderlich werdenden Rechtsstreits (§ 1387 A 6). Wegen des Grades der zu vertretenden Sorgfalt vgl. § 1359. — Der § 1363 gibt dem Manne nicht nur der Frau, sondern auch Dritten gegenüber, also sowohl nach innen wie nach außen die Stellung des verantwortlichen Verwalters und Besitzers des eingebrachten Gutes. So treffen ihn auch z. B. die aus

der Verwaltung eines eingebrachten Hauses Dritten gegenüber entspringenden Pflichten (RG 10. 6. 09 VI 309/08).

5. In der Form der **Nutznießung** leistet die Frau ihren Beitrag zur Bestreitung der ehelichen Lasten. Der Mann ist dafür verpflichtet, die ehelichen Lasten zu bestreiten und zwar aus eigenem Vermögen und gleichviel, ob eingebrachtes Gut vorhanden ist oder nicht (vgl. Vorbem vor § 1373).

6. Der Ausdruck **„eingebrachtes Gut"** bezieht sich ausschließlich auf das Vermögen der Frau. Eine besondere Tätigkeit des Einbringens wird nicht vorausgesetzt. Die Frau bringt von ihrem Vermögen dasjenige in die Ehe ein, was sie sich nicht vorbehält oder was das Gesetz nicht als Vorbehaltsgut bestimmt. Eingebrachtes Gut drückt daher den Gegensatz zum Vorbehaltsgut aus. Was die Frau während der Ehe erwirbt, wird regelmäßig ebenfalls zum Eingebrachten gerechnet. — Als eingebrachtes Gut der Frau sind auch die jährlich fortlaufenden Zahlungen an die Frau anzusehen, zu denen sich eine Handelsgesellschaft dem Ehemanne, ihrem Angestellten, gegenüber neben seinem Jahresgehalte von 1500 Mk. mit Rücksicht darauf, daß dieser in Konkurs geraten war, verpflichtet (RG 69, 59).

7. **Übergangsrecht.** Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung bilden auch da, wo sie nur infolge landesgesetzlicher Ausführungsvorschriften gelten, ein mit der Revision anfechtbares Recht, wenn das fragliche Ausführungsgesetz ergibt, daß sie als Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, mithin als reichsrechtliche Bestimmungen eingeführt worden sind (so § 34 Abs 1 Sächs AG z. BGB; RG 59, 25).

§ 1364

[1])Die Verwaltung und Nutznießung des Mannes tritt nicht ein[2]), wenn er die Ehe mit einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten[3]) Frau ohne[4]) Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters eingeht.

E I 1284 Satz 1; II 1264; M 4, 164; P 4, 124, 129, 141, 150, 157, 214; 6, 272.

1. **Zweck der Vorschrift.** Die im § 1364 bestimmte Ausnahme von der Regel des § 1363 bezweckt, die wegen Minderjährigkeit oder aus andern Gründen in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehefrau gegen die ihrem Vermögen aus der Verwaltung und Nutznießung des Mannes möglicherweise drohenden Gefahren zu schützen. Zwar kann der gesetzliche Vertreter der Frau die ohne seine Einwilligung eingegangene Ehe, solange die Frau in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, anfechten, und das gleiche Anfechtungsrecht steht der Frau nach erlangter Geschäftsfähigkeit zu (§§ 1304, 1331, 1336 Abs 2 Satz 2), auch bleiben die elterliche Gewalt (§§ 1633, 1661 Satz 2, 1686), gegebenenfalls die Vormundschaft über die Frau (§ 1800) in gewissem Umfange bestehen, allein diese Vorschriften gewähren der Frau keinen genügenden Schutz, namentlich nicht gegenüber dem Rechte des Mannes, die zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen (§ 1373). Ohne den § 1364 würde das Gesetz einen Anreiz zur Anfechtung einer Ehe geben, deren Aufrechterhaltung vielleicht dem persönlichen Empfinden der Frau gerade entspricht.

2. Statt der Verwaltung und Nutznießung des Mannes tritt nach § 1426 **Gütertrennung** ein (§§ 1427—1431). Steht die Frau unter elterlicher Gewalt des Vaters oder der Mutter, so verbleibt die Nutznießung an dem Vermögen der Frau dem Inhaber der elterlichen Gewalt (§§ 1649, 1661 Satz 2, 1686, 1305 ff.). An dem Güterstande der Gütertrennung wird dadurch, daß die Frau unbeschränkt geschäftsfähig wird, nichts geändert, ebensowenig dadurch, daß die Ehe infolge nachträglicher Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter, beziehungsweise das Vormundschaftsgericht oder infolge Bestätigung durch die inzwischen unbeschränkt geschäftsfähig gewordene Frau unanfechtbar wird (§ 1337). Für die Aufhebung oder Änderung des Güterstandes der Gütertrennung durch Vertrag bleiben die allgemeinen Grundsätze maßgebend (§ 1432).

3. Ob der § 1364 auch in den Fällen Anwendung findet, in denen eine aus den Gründen des § 1325 Abs 1 **nichtige Ehe** (Geschäftsunfähigkeit der Frau, Bewußtlosigkeit oder vorübergehende Störung der Geistestätigkeit) nachträglich von der Frau gemäß § 1325 Abs 2 bestätigt wird, wenn die Frau zur Zeit der Bestätigung in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war und die Bestätigung ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgt ist (§ 1331), kann zweifelhaft sein. Planck § 1364 A 1 bejaht die Frage, für den Fall der Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit. Allein der § 1364 führt in Anlehnung an besondere Bestimmungen des Preußischen Rechts (ALR II 1 §§ 978, 980, 981, 983, 999) nur eine bestimmte Ausnahme ein und diese läßt sich auf andere Fälle nicht ausdehnen. Wollte man aber entscheidendes Gewicht auf den gesetzgeberischen Grund allein legen, so müßten die Fälle der Nichtigkeit wegen Bewußtlosigkeit und Geistesstörung dem Falle der Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit in der gedachten Beziehung gleichgestellt werden. Eine solche Tragweite hat man dem § 1364 gewiß nicht beilegen wollen. Bestätigung der Ehe ist hier auch nicht gleichbedeutend mit Eingehung der Ehe, zumal die Bestätigung nach außen hin häufig

schwer erkennbar sein wird und die mit dem Mangel der Nichtigkeit behaftete Ehe regelmäßig bis zur Nichtigkeitserklärung als gültig anzusehen ist. Ist der Mann bei Eingehung der Ehe in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so wird Verwaltung nnd Nutznießung durch den Vormund (§ 1409) beeinflußt. Da ein Mann vor dem Eintritte der Volljährigkeit nicht heiraten darf (§ 1303 Abs 1), kommt eine Beeinflussung durch die elterliche Gewalt nicht in Frage. Wegen des Rechtes der Frau, auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung zu klagen vgl. § 1418 Abs 1 Nr 3—5.

4. Wird die Ehe mit einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Frau **mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters** eingegangen, so liegt der Ausnahmefall des § 1363 nicht vor und es gilt die Regel des § 1363. Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Frau schmälert an sich nicht die Rechte des Mannes an ihrem Vermögen. Die Eltern der Frau verlieren in dem bezeichneten Falle mit der Verheiratung der Tochter die Nutznießung an deren Vermögen (§ 1661 Satz 1). Soweit der Mann bei Ausübung seiner Rechte an die Mitwirkung der Ehefrau gebunden ist, wird die Frau nach den allgemeinen Regeln über elterliche Gewalt und Vormundschaft (§§ 1633, 1800, 1897) vertreten. Führt der Mann selbst die Vormundschaft über die Frau (§ 1778 Abs 3), so erhält die Frau für Angelegenheiten, an deren Besorgung der Mann als Vormund verhindert ist, einen Pfleger (§§ 181, 1795, 1909).

§ 1365

Die Verwaltung und Nutznießung des Mannes erstreckt sich nicht auf das Vorbehaltsgut der Frau [1]).

E I 1286; II 1265; M 4, 167; P 4, 129.

1. Grundsätzlich wird beim gesetzlichen Güterstande das gesamte bei der Eheschließung vorhandene oder während der Ehe erworbene Vermögen der Frau der Verwaltung und Nutznießung des Mannes kraft Gesetzes (**RG** 65, 367) unterworfen (eingebrachtes Gut). Nur auf das **Vorbehaltsgut der Frau** erstreckt sich die Verwaltung und Nutznießung des Mannes nicht. Soweit nicht ein anderes bestimmt ist, kann die Frau über das Vorbehaltsgut ohne Mitwirkung des Ehemannes frei verfügen, es verwalten, mit Schulden belasten und seine Nutzungen für sich ziehen. Was Vorbehaltsgut ist, bestimmen die §§ 1366 bis 1370 BGB erschöpfend. Hiernach kann von einem durch Gesetz und einem durch Vertrag vorbehaltenen Vermögen gesprochen werden. — Die Frau hat zu beweisen, daß Stücke ihres Vermögens die Eigenschaft des Vorbehaltsguts haben (**RG** 65, 367). Soweit die Eigenschaft des Vorbehaltenen nicht dargelegt werden kann, gilt das Gut dem im § 1363 ausgesprochenen Grundsatz entsprechend als Eingebrachtes. — Für den Fall, daß die Eheleute mit oder ohne Erlaubnis des Gerichts getrennt leben, sind keine besonderen Bestimmungen getroffen worden. Die allgemeinen Grundsätze in Verbindung mit den §§ 1367, 1369, 1370 reichen aus, um der Ehefrau die Verwendung des ihr von dem Ehemanne oder dritten Personen zu ihrem Unterhalte Gegebenen zu diesem Zwecke zu sichern (vgl. § 1427 A 7).

§ 1366

Vorbehaltsgut [1]) sind die ausschließlich [2]) zum persönlichen Gebrauche [3]) der Frau bestimmten [4]) Sachen [5]), insbesondere Kleider [6]), Schmucksachen und Arbeitsgeräte [7]).

E I 1285; II 1282 Abs 2; M 4, 166; P 4, 126, 130, 141, 152, 159, 164.

1. Das Vermögen der Frau wird in eingebrachtes Gut und **Vorbehaltsgut** geschieden. Was nicht Vorbehaltsgut ist, ist eingebrachtes Gut. Was Vorbehaltsgut ist, bestimmen die §§ 1365—1370 erschöpfend. Indem der § 1366 bestimmt, daß die darin bezeichneten Sachen Vorbehaltsgut sind, nimmt er nur eine Scheidung mit dem Vermögen der Frau vor. Er bestimmt also nicht, daß die bezeichneten Sachen zum Vermögen der Frau gerechnet werden sollen, sondern er setzt voraus, daß sie zu ihrem Vermögen gehören. Wären sie fremdes Eigentum (z. B. ein vom Manne der Frau nur zum leihweisen Gebrauch überlassener, aus seiner Familie stammender, alter Familienschmuck), so würden sie überhaupt nicht als voneinander zu scheidendes Vermögen der Frau in Betracht kommen. Dafür aber, daß die bezeichneten Sachen der Frau gehören, spricht nach § 1362 Abs 2 die Vermutung. Diese greift insbesondere auch dann Platz, wenn Sachen solcher Art für die Frau mit den Mitteln des Mannes angeschafft worden sind. Abgesehen von dieser Vermutung entscheiden die allgemeinen Grundsätze darüber, ob die Frau an den ihr vom Manne gegebenen Sachen der hier fraglichen Art Eigentum erworben hat. Insoweit sie vom Manne lediglich zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht (§ 1360 Abs 1) der Frau gegeben worden sind (z. B. die notwendigen Kleider und Leibwäsche, § 1382 A 2), ist jedenfalls Eigentum auf die Frau über-

gegangen. — Die Bestimmung der im § 1366 bezeichneten Sachen als Vorbehaltsgut hat nicht nur die Wirkung, daß sie der Verwaltung und Nutznießung des Mannes entzogen sind, sondern auch die, daß sie der unbeschränkten Verfügung der Frau unterstehen.

2. Die Sachen müssen die Bestimmung haben, von der Frau mit **Ausschließung** anderer Personen, namentlich des Mannes, gebraucht zu werden. Zum gemeinsamen Gebrauche für die Eheleute bestimmte Sachen gehören nicht zum Vorbehaltsgute der Frau. Gestattet aber die Frau den tatsächlichen Mitgebrauch der für ihren persönlichen Gebrauch ausschließlich bestimmten Sachen andern Personen, so berührt dies nicht die Eigenschaft des Vorbehaltsguts.

3. Nicht alle **Gebrauchsgegenstände**, deren sich die Frau innerhalb ihres Lebens- und Wirkungskreises bedient, sind als zu ihrem persönlichen Gebauche bestimmt anzusehen (z. B. das Kochgeschirr). Es muß eine Beziehung zu ihrer Person vorhanden sein. Diese Beziehung kann darin bestehen, daß die Sachen bestimmt sind, persönlichen Bedürfnissen der Frau zu dienen (z. B. Kleider, Schmucksachen) oder sie in ihrer persönlichen Erwerbstätigkeit zu unterstützen (z. B. die Malgeräte einer Mallehrerin).

4. Die **Bestimmung** kann aus stillschweigenden oder ausdrücklichen Willensäußerungen, aus der natürlichen Beschaffenheit der Sachen sowie aus der Tatsache des Gebrauchs durch die Frau oder aus andern Umständen hervorgehen. Willensäußerungen kommen hier lediglich als Erkenntnisquelle für die Vorbehaltseigenschaft in Betracht, wogegen sie bei der Bestellung von Vorbehaltsgut durch Ehevertrag die Vorbehaltseigenschaft begründen (vgl. § 1368 A 2). Hinsichtlich der Beweislast vgl. § 1365 A 2.

5. **Sachen.** Gemeint sind nur bewegliche, nicht unbewegliche Sachen, wie der Zusammenhang mit § 1362 Abs 1 und 2 ergibt. Rechte der Frau fallen nicht unter § 1366. Dies gilt sogar von Rechten, die ihrem Inhalte nach durch einen andern als den Berechtigten selbst nicht ausgeübt werden können (§ 1363 A 2). Geld fällt nicht unter § 1366, da es nicht eine ausschließlich zum persönlichen Gebrauche bestimmte Sache sein kann.

6. **Kleider** sind sämtliche zur Bekleidung dienende Gegenstände.

7. **Arbeitsgeräte.** Die Entwürfe führten nur Kleider und Schmucksachen als Beispiele auf. In der Reichstagskommission wurde die Ausdehnung der Bestimmung auf Arbeitsgeräte der Frau, z. B. eine Nähmaschine, Strickereigerätschaften usw., mit denen die Frau einen selbständigen Erwerb suchen könne, beantragt. Die Mehrheit beschloß die Hineinbeziehung der Arbeitsgeräte in diese Bestimmung. Ebenso wie Kleider und Schmucksachen sind auch Arbeitsgeräte nur dann Vorbehaltsgut, wenn sie der Frau gehören und ausschließlich zu ihrem persönlichen Gebrauche bestimmt sind.

§ 1367

Vorbehaltsgut[1]) ist, was die Frau durch ihre Arbeit[2]) oder durch den selbständigen Betrieb[3]) eines Erwerbsgeschäfts[4]) erwirbt[5])[6]).

E I 1289; II 1266; M 4, 173 ff.; P 4, 118, 125, 129, 141, 156, 163.

1. Daß eine Frau, die über den Rahmen ihrer durch § 1356 dem Manne gegenüber begründeten Verpflichtung hinaus arbeitet und selbständig erwirbt, auch selbständig über das Erworbene verfügen darf, entspricht der Billigkeit. Das so erworbene Gut ist daher für **Vorbehaltsgut der Frau** erklärt, während das im Rahmen des § 1356 Erworbene weder Vorbehaltsgut, noch eingebrachtes Gut der Frau ist, sondern dem Manne zufällt (RG 64, 326). Geht die Frau eine neue Ehe ein, so gilt wieder der Grundsatz, daß die Frau ihr ganzes Vermögen außer den in § 1366 bezeichneten Sachen in die neue Ehe einbringt, soweit sie es sich nicht vertragsmäßig vorbehält. Hiernach wird das Erworbene, obwohl es für eine frühere Ehe Vorbehaltsgut war, für eine spätere Ehe eingebrachtes Gut, wenn die Schließung eines Ehevertrags unterbleibt. Die Notwendigkeit der Vertragschließung folgt aus der Rücksicht auf den neuen Ehemann (vgl. § 1369 A 2). Wegen der Verpflichtung der Frau, aus dem Erworbenen einen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes zu leisten vgl. §§ 1371, 1472.

2. **Arbeit** im Sinne dieser Bestimmung ist die in einzelnen Fällen zum Zwecke eines selbständigen Erwerbs vorgenommene Tätigkeit. Sie unterscheidet sich von der im § 1356 gemeinten Arbeit dadurch, daß sie nicht wie jene auf einer durch die Ehe begründeten Verpflichtung beruht, und von dem Betriebe eines Erwerbsgeschäfts dadurch, daß sie nicht wie dieser gewerbsmäßig zu sein braucht. Die Frau kann durch jede Arbeit, die nicht unter § 1356 fällt, selbständig erwerben. Leistet die Frau im Geschäfte des Mannes entgeltliche Dienste, so wird die Gegenleistung Vorbehaltsgut. Keineswegs ist jedem Erwerbe der Frau im Geschäfte des Mannes die Eigenschaft eines Vorbehaltsguts versagt. Wie RG 64, 323 ff. ausführt, ist eine Vergütung, die der (die Herstellung von Galanteriemalereien gewerbsmäßig betreibende) Mann seiner Frau für ihre Beihilfe in seinem Geschäfte (Bemalung von Galanteriesachen) gewährt, Vorbehaltsgut der Frau. Als Schenkung und demzufolge ein-

gebrachtes Gut ist die Vergütung nur unter besonderen Umständen anzusehen. Verwertet aber die Frau ihre Fertigkeiten nicht zu eigener Arbeit, d. h. zu solcher, durch welche sie sich einen Erwerb verschafft, verwertet sie vielmehr ihre Fertigkeiten nur zugunsten des Mannes dergestalt, daß sie ihn bei der Ausübung seines Gewerbes unterstützt, so erwirbt sie für den Mann. Hat die Frau den Mann bei der Ausübung seines Gewerbes unterstützt und ist anzunehmen, daß sie dies auch in Zukunft getan haben würde, so ist, wenn sie durch einen Unfall erwerbsunfähig wird, nicht sie, sondern ihr Mann geschädigt. Nur letzterer ist befugt, die Unfallrente einzuklagen. Vgl. § 1356 A 7.

3. **Selbständigkeit des Betriebes.** Die Frau betreibt ein Erwerbsgeschäft selbständig, wenn sie selbst und nicht ihr Mann das Geschäft betreibt. Der § 1367 hat die erwerbende Tätigkeit der Frau, nicht die des Mannes im Auge. Betreibt der Mann ein nicht zum Vorbehaltsgute gehörendes Geschäft der Frau, sei es im eigenen Namen, sei es im Namen der Frau als der Inhaberin des Geschäfts, so liegt der Fall des § 1367 nicht vor. Dagegen betreibt die Frau das Erwerbsgeschäft auch dann selbständig, wenn sie sich dazu eines Prokuristen oder Bevollmächtigten — möge dies auch ihr Mann sein — bedient oder wenn sie es in Gemeinschaft mit andern betreibt. Entscheidend ist, daß die Frau nicht bloß Inhaberin, Kommanditistin oder stille Gesellschafterin, sondern Unternehmerin des Geschäfts ist. Vgl. § 1405 A 4.

4. Begriff des **Erwerbsgeschäfts** vgl. § 1405 A 5.

5. **Selbständiger Erwerb.** Nach § 1367 ist das, was die Frau während der Ehe durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt, Vorbehaltsgut. Über das Erwerbsgeschäft selbst, das die Frau in die Ehe mitbringt, besagt der § 1367 nichts. Dieses bleibt Eingebrachtes. Aber der Mann hat weder das Nießbrauchs- noch das Verwaltungsrecht in Ansehung des Geschäfts. Er ist, wie **RG** 59, 25 angenommen, nicht befugt, das von der Frau betriebene Erwerbsgeschäft ohne ihre Zustimmung zu verwalten, auf Überlassung der Firma zu klagen (§§ 22, 25 HGB), ihr Geschäft zu schließen und auf Unterlassung des Betriebes zu klagen; er kann nur seine Einwilligung zum Betriebe des Geschäfts durch die Frau versagen und seinen Willen gemäß § 1354 zur Geltung bringen. — Der einer Ehefrau während der Ehe zufallende, aber aus Geschäften vor Eingehung der Ehe herrührende Gewinn ist nicht Vorbehaltsgut, sondern eingebrachtes Gut. Dieser Gewinn war schon vor der Ehe erarbeitet. Maßgebend ist der Zeitpunkt des Abschlusses eines gewinnbringenden Geschäfts, nicht der Tag des Eingangs des sich als Gewinn darstellenden Geldbetrags (**RG** JW 08, 484[17]).

6. Hinsichtlich der **Beweislast** vgl. § 1365 A 2.

§ 1368

Vorbehaltsgut ist, was[1]) durch Ehevertrag[2]) für Vorbehaltsgut erklärt[3]) ist[4]).

E I 1286; II 1267; M 4, 168; P 4, 124, 129. 141, 156, 163.

1. Sowohl einzelne Vermögensgegenstände als auch bestimmte Vermögensteile (nicht Bruchteile) können für **Vorbehaltsgut** erklärt werden, z. B. eine einzelne Forderung oder der unbewegliche Teil des Vermögens. Auch zukünftiges Vermögen kann für Vorbehaltsgut erklärt werden, z. B. eine der Frau als Nacherbin zukommende Erbschaft nach dem Eintritte des Erbfalls und vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge (§§ 2100, 2139). Soll das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Frau Vorbehaltsgut sein, so würde ein Vertrag solchen Inhalts nicht unter § 1368 fallen, sondern als Vereinbarung der Gütertrennung (§§ 1426—1431) anzusehen sein.

2. Nur durch förmlichen **Ehevertrag** kann Vorbehaltsgut vertragsmäßig begründet werden. Die Form ist in § 1434 vorgeschrieben. Die Vertragsform rechtfertigt sich dadurch, daß es sich um eine Änderung des gesetzlichen Güterstandes handelt. Durch einseitige Verfügung der Frau kann Vorbehaltsgut nicht geschaffen werden. Mann und Frau müssen einig sein, denn die Änderung des gesetzlichen Güterstandes berührt die Rechte beider Teile.

3. Bedingte und betagte **Erklärungen** sind nicht unzulässig.

4. Hinsichtlich der **Beweislast** vgl. § 1365 A 2.

§ 1369

[1])Vorbehaltsgut ist, was die Frau[2]) durch Erbfolge, durch Vermächtnis oder als Pflichtteil[3]) erwirbt (Erwerb von Todes wegen) oder was ihr unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich[4]) zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei[5]) der Zuwendung bestimmt[6]) hat, daß der Erwerb Vorbehaltsgut sein soll[7])[8])[9]).

E I 1287; II 1268; M 4, 168 ff.; P 4, 124, 129, 141, 156, 163.

1. **Zweck der Vorschrift.** Zum Besten der Ehefrau und deren Erben soll dritten Personen, namentlich den Eltern oder andern Verwandten der Frau, die ihr etwas hinterlassen

oder unter Lebenden zuwenden wollen, aber wegen der bisherigen Verwaltung des Mannes oder wegen des zwischen den Ehegatten bestehenden persönlichen Verhältnisses oder aus andern Gründen an dem Rechte des Ehemannes auf Verwaltung und Nutznießung Anstoß nehmen, die Möglichkeit gewährt werden, das Hinterlassene oder Zugewendete durch einseitige Bestimmung ohne und selbst gegen den Willen des Mannes zum Vorbehaltsgute zu machen.

2. Frau. Daß im § 1369 das Wort „Frau" im Sinne von Ehefrau gebraucht ist, folgt nicht nur aus seiner Stellung im Titel „Eheliches Güterrecht" und zwischen den §§ 1366, 1367 und 1370, in denen zweifellos nur von der Ehefrau die Rede sein kann: es wird auch bestätigt durch einen Vergleich mit den entsprechenden Bestimmungen über Vorbehaltsgut bei Gütergemeinschaft (§ 1440), fortgesetzter Gütergemeinschaft (§ 1486) und Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1526). Während im § 1526 von Vorbehaltsgut die Rede ist, das von der „Frau" nach § 1369 oder § 1370 erworben wird, spricht der § 1440 Abs 2 vom Vorbehaltsgute, das von einem der Ehegatten nach § 1369 und § 1370 erworben wird, und der § 1486 Abs 1 vom Vorbehaltsgute, das der überlebende Ehegatte nach § 1369 und § 1370 erwirbt. Der Hinweis auf den § 1369 in Verbindung mit dem Worte „Ehegatten" (namentlich im § 1440) läßt ersehen, daß sich der Gesetzgeber nur einen Erwerb der Ehefrau unter dem im § 1369 bezeichneten Erwerbe vorgestellt hat. Wollte man auch einen vorehelichen Erwerb der Frau im Sinne dieser Vorschrift als Vorbehaltsgut ansehen, so würde sich ein unlöslicher Widerspruch mit dem § 1440 Abs 2 ergeben. Dem gegenüber kann es nicht ins Gewicht fallen, wenn der Ausdruck „Frau" an andern Stellen des BGB auch Mädchen (§ 1303), Witwen und geschiedene Frauen (§§ 1313, 1577) oder überhaupt alle Personen weiblichen Geschlechts (§ 1786 Abs 1 Nr 1) umfaßt (**RG** 65, 367). — Nur was die Frau während der Ehe auf die im § 1369 bezeichnete Weise erwirbt, ist Vorbehaltsgut. Für ihren Erwerb vor der Ehe hat die Bestimmung des Erblassers, beziehungsweise des Dritten, daß der Erwerb Vorbehaltsgut sein soll, nicht die Kraft, das Erworbene zum Vorbehaltsgute zu machen. Dazu ist, wenn es sich nicht gerade um ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmte Sachen handelt (§ 1366), erforderlich, daß das Erworbene durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut erklärt wird (§ 1368). Denn im Wesen des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung des Mannes liegt es, daß die Frau ihr ganzes Vermögen außer den im § 1366 bezeichneten Sachen in die Ehe einbringt, soweit sie es sich nicht vertragsmäßig vorbehält (vgl. § 1363 A 6). Diese Ansicht entspricht auch dem Zwecke des § 1369 (vgl. A 1 und **RG** 65, 367). Gleiches gilt für jede neue Ehe der Frau (vgl. § 1367 A 1). Die gegenteilige Ansicht berücksichtigt nicht genügend, daß das Gesetz nicht ausschließlich den Vorteil der Frau, sondern auch den Schutz des Mannes im Auge hat, wenn es die Änderung des gesetzlichen Güterstandes nur auf dem Wege des Vertrags zuläßt.

3. Pflichtteil. Die Bestimmung, daß der Pflichtteil Vorbehaltsgut der Frau sein soll, ist als eine Beschränkung oder Beschwerung des Pflichtteilsberechtigten (§ 2306) nicht anzusehen. Anders, wenn die fragliche Bestimmung als wirkliche Bedingung oder Auflage getroffen ist. Die Frau braucht sich eine Beschränkung ihrer Vertragsfreiheit in bezug auf die Gestaltung ihres ehelichen Güterrechts nicht gefallen zu lassen. Der Ehemann der Pflichtteilsberechtigten hat kein selbständiges Recht darauf, daß seiner Ehefrau der Pflichtteil als eingebrachtes Gut hinterlassen werde.

4. Unentgeltliche Zuwendung. Erfolgte eine Zuwendung gegen Entgelt, so würde sie als eine von der Ehefrau ausbedungene Gegenleistung erscheinen und es wäre mit dem Grundsatze, daß die Ehefrau ihr Vermögen nicht einseitig zu Vorbehaltsgut machen kann (vgl. § 1368 A 2), unvereinbar, einer derartigen Zuwendung die Vorbehaltseigenschaft beizulegen. Unter unentgeltliche Zuwendungen fallen auch sog. gemischte Geschäfte (z. B. Ausstattung § 1624). Eine Zuwendung an die Frau ist als eine unentgeltliche im Sinne des § 1369 anzusehen, wenn die Frau für die Zuwendung keinerlei Entgelt zu leisten hat. Daß der Zuwendende von anderer Seite z. B. vom Manne Entgelt erhält, kommt nicht in Betracht. Unentschieden gelassen **RG** 69, 63.

5. Bei der Zuwendung, d. h. durch eine gleichzeitige, mit der Zuwendung selbst zu verbindende oder ihr vorausgegangene, nicht ihr erst nachfolgende (ausdrückliche oder stillschweigende) Willenserklärung.

6. Form der Bestimmung. In den Fällen des Erwerbes von Todes wegen muß die Bestimmung, um rechtsgültig zu sein, durch letztwillige Verfügung (Testament, Erbvertrag, Schenkung auf den Todesfall §§ 1937, 2299, 2301) erfolgen. Sie kann selbständig und ohne daß eine letztwillige Zuwendung im eigentlichen Sinne erfolgt, z. B. wenn es bei der gesetzlichen Erbfolge belassen oder die Frau auf den Pflichtteil beschränkt wird, getroffen werden. Errichtung, Anfechtung und Aufhebung der hier fraglichen letztwilligen Verfügung bestimmen sich nach den allgemeinen Vorschriften des Erbrechts. Auch dem Ehemanne steht das Anfechtungsrecht zu. Die Bestimmung bei einer Zuwendung unter Lebenden hat die Natur einer Nebenbestimmung und bedarf keiner besonderen Form. — Die Bestimmung kann auch stillschweigend erfolgen. Unentschieden gelassen **RG** 69, 63.

7. **Wirkung der Bestimmung.** Die Bestimmung bewirkt, daß das Erworbene ohne Zutun der Ehegatten Vorbehaltsgut der Frau wird. Dies schließt aber nicht aus, daß die Ehegatten durch Ehevertrag das als Vorbehaltsgut Erworbene in eingebrachtes Gut umwandeln. Dem kann allerdings dadurch vorgebeugt werden, daß der Erwerb an die Bedingung geknüpft wird, daß die Umwandlung unterbleibt.

8. Hinsichtlich der **Beweislast** vgl. § 1365 A 2.

9. **Anfechtung.** Auch der Ehemann einer Miterbin, dem durch letztwillige Anordnung des Erblassers Verwaltung und Nutznießung am Erbteile der Frau entzogen sind, gehört zu den nach § 2080 Abs 1 selbständig anfechtungsberechtigten Personen (M 5, 56, 57; Prot 5, 60, 61; RG 11. 3. 09 IV 528/08).

§ 1370

Vorbehaltsgut[1]) ist, was die Frau auf Grund eines zu ihrem Vorbehaltsgute gehörenden Rechtes[2]) oder als Ersatz[3]) für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Vorbehaltsgute gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht[4]).

E I 1290; II 1269; M 4, 177 ff.; P 4, 125, 130, 141, 156, 163; 6, 282.

1. Da Verwaltung und Nutznießung des Vorbehaltsguts nicht dem Manne, sondern der Frau zustehen, müssen auch die sich daraus ergebenden Nutzungen dem **Vorbehaltsgute der Frau zuwachsen.** Unter diesen Gesichtspunkt fallen alle drei in § 1370 hervorgehobenen Erwerbsarten, von denen die beiden ersten in rechtlichem, die letzte nur in wirtschaftlichem Zusammenhange mit dem Vorbehaltsgute stehen. Die in § 1370 getroffene Regelung ermöglicht nicht nur eine ordnungsmäßige Verwaltung des Vorbehaltsguts, sondern birgt auch die Gewähr in sich, daß das Vorbehaltsgut, gleichviel welche rechtliche oder wirtschaftliche Form es annimmt, der Frau als Vermögensinbegriff erhalten bleibt. Das Vorbehaltsgut besitzt in dem anerkannten Maße eigene Ersetzungskraft (Surrogation). — Die rechtliche Ersetzung (Surrogation) tritt nur hinsichtlich dessen ein, was die Frau auf Grund eines zu ihrem Vorbehaltsgute gehörigen Rechtes oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht. Sie tritt aber nicht ein, wenn der Mann zwar mit Mitteln des Vorbehaltsguts der Frau, aber für sich und im eigenen Namen erwerben will und erwirbt (z. B. wenn der Mann mit dem von der Frau auf ihr Vorbehaltsgut geborgten Gelde ein Geschäft für sich und im eigenen Namen erwirbt). Ein derartiger Erwerb ist nicht als rechtlicher Ersatz (Surrogat) anzusehen (RGSt 40, 176). Die Vorschriften des § 1370 wollen der Ehefrau nicht nur das Vorbehaltsgut in seinem Bestande ungeschmälert erhalten, sondern ihr auch die Sicherheit gewährleisten, unabhängig vom Willen des Ehemannes nach eigener Entschließung für eine ordnungsmäßige Verwaltung und Erhaltung der Vorbehaltsmasse sorgen zu können (RG 72, 165).

2. **Recht.** Vorbehaltsgut ist hiernach alles, was die Frau auf Grund eines zum Vorbehaltsgute gehörenden Rechtes (z. B. des Eigentumsrechts), sei es unmittelbar kraft Gesetzes (z. B. die Erzeugnisse eines vorbehaltenen Grundstücks, § 953, die Hälfte eines darauf gefundenen Schatzes, § 984), sei es durch Vermittelung eines den Inhalt des Rechtes verwirklichenden Rechtsgeschäfts (z. B. Übergabe, Auflassung, Abtretung) erwirbt. Vgl. § 1524 A 3.

3. **Ersatz.** Z. B. die Entschädigung für ein enteignetes Vorbehaltsgrundstück, die Brandschadenssumme für ein abgebranntes Vorbehaltsgebäude. Vgl. § 1524 A 4.

4. **Zusammenhang des Vorbehaltsguts mit dem Rechtsgeschäfte.** Das Vorbehaltsgut steht bei dieser Erwerbsart nicht rechtlich, sondern nur wirtschaftlich mit dem Erwerb im Zusammenhange. Bei Umsatzgeschäften (z. B. Kauf, Tausch) stellt sich der Erwerb wirtschaftlich als durch das Vorbehaltsgut gemacht dar. Es genügt aber schon, wenn die Absicht, daß das Rechtsgeschäft mit Beziehung auf das Vorbehaltsgut geschlossen werden sollte, erhellt und das Rechtsgeschäft seinem Inhalte nach mit dem Vorbehaltsgut in Zusammenhang gebracht werden kann (z. B. Anschaffung von Zubehör, Annahme von Erntearbeitern für ein vorbehaltenes Grundstück, der Lotteriegewinn, der auf ein aus den Mitteln des Vorbehaltsguts angeschafftes Los entfällt). Auch bei Kreditgeschäften kann der sachliche Zusammenhang gegeben sein. Die Absicht allein genügt freilich nicht. Vgl. § 1524. Eine Frau, die im Rahmen ihres Erwerbsgeschäfts Versicherung gegen Unfall nimmt und sich über die für einen eingetretenen Unfall zu zahlende Entschädigung mit dem Versicherer vergleicht, bedarf zum Abschlusse des Vergleichs nicht der Zustimmung ihres Ehemannes (RG 72, 165)

§ 1371

Auf das Vorbehaltsgut finden die bei der Gütertrennung für das Vermögen der Frau geltenden Vorschriften[1]) entsprechende Anwendung; die Frau

hat jedoch einen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes nur insoweit zu leisten, als der Mann nicht schon durch die Nutzungen des eingebrachten Gutes einen angemessenen Beitrag erhält.

E I 1291; II 1270; M 4, 179 ff; P 4, 125, 130, 141, 143, 156, 163.

1. **Gütertrennung.** Gemeint sind hier § 1427 Abs 2 mit der sich aus §§ 1371 ff. ergebenden, die Beitragspflicht der Frau betreffenden Einschränkung und die §§ 1428—1431. Näheres bei diesen Paragraphen.

§ 1372

[1])Jeder Ehegatte kann verlangen[2]), daß der Bestand des eingebrachten Gutes durch Aufnahme eines Verzeichnisses unter Mitwirkung des andern Ehegatten festgestellt wird. Auf die Aufnahme des Verzeichnisses finden die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften des § 1035 Anwendung[3]).

Jeder Ehegatte kann den Zustand der zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen.

E I 1292, 992, 993, 1042; II 1271; M 4, 185; P 4, 131, 143, 151, 160, 162, 164, 191.

1. **Zweck der Vorschrift.** Jedem Ehegatten soll die Möglichkeit an die Hand gegeben werden, sich im voraus durch Feststellung des Umfanges und der Beschaffenheit des eingebrachten Gutes eine womöglich unstreitige Grundlage für eine künftige Vermögensauseinandersetzung (§§ 1421—1423) und etwaige Ansprüche der Frau aus der Verwaltung und Nutznießung des Mannes (§ 1394) zu schaffen. — Ein Verzeichnis des Eheguts ist ein wichtiges, vielleicht das wichtigste Beweismittel für die Führung des Gegenbeweises (§ 1362 Abs 1). Es kann nicht ohne weiteres durch die Bemerkung beseitigt werden, es beweise nur die Erklärungen der Eheleute (**RG** Gruch 51, 1005).

2. Nur auf **Verlangen** des Ehegatten ist der andere Ehegatte verpflichtet, bei der Feststellung des Bestandes durch Aufnahme eines Verzeichnisses mitzuwirken. Das Verlangen ist während des Bestehens der Ehe zu stellen, gleichviel ob Vorbehaltsgut vorhanden ist oder nicht. Im Weigerungsfalle kann auf Verurteilung zur Mitwirkung geklagt werden. § 1394 steht der Klage nicht entgegen. Entspricht der andere Ehegatte dem Verlangen, so hat er seine in § 1372 bestimmte Verpflichtung erfüllt. Auf **wiederholte** Feststellung des Bestandes haben die Ehegatten keinen Anspruch, selbst wenn der Bestand sich inzwischen verändert hat. Wegen der Auskunftspflicht des Mannes vgl. § 1374 S 2 und A 4 das.

3. **Zuständigkeit** und **Verfahren** §§ 164, 15 FGG.

2. Verwaltung und Nutznießung

Die §§ 1373—1409 regeln vornehmlich die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Mannes und der Frau in Ansehung des eingebrachten Gutes während der Dauer der Verwaltung und Nutznießung. Zugleich wird gezeigt, wie die Verfügungen des Mannes und der Frau über ein eingebrachtes Gut Dritten gegenüber wirken. Der Mann führt die Verwaltung kraft Gesetzes und hat die Wahl, ob er dabei im eigenen Namen oder im Namen der Frau handeln wolle. Dem Manne steht kraft Gesetzes die Nutznießung des eingebrachten Gutes der Frau zu. Dafür hat er die ehelichen Lasten zu tragen und zwar ohne Rücksicht darauf, ob und wie hohe Erträge das eingebrachte Gut abwirft oder ob eingebrachtes Gut überhaupt vorhanden ist (vgl. § 1363 A 5 und § 1389 A 1; Prot 4, 273—275)

§ 1373

[1])Der Mann ist berechtigt[2]), die zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen[3]) in Besitz[4]) zu nehmen.

E I 1292, 984; II 1272; M 4, 182, P 4, 126, 130, 143, 165.

1. **Grundgedanke der Vorschrift.** Das Recht des Mannes, tatsächlich alle Handlungen vorzunehmen, welche erforderlich sind, um das eingebrachte Gut ordnungsmäßig zu verwalten und die Nutzungen zu ziehen, folgt freilich schon von selbst aus dem ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechte. Da aber eine Verwaltung und Nutznießung auch ohne Besitz des eingebrachten Gutes an sich möglich ist, dem Manne aber als dem Haupte der Familie das Recht zustehen muß, die zum eingebrachten Gute gehörigen Gegenstände in Besitz zu nehmen, so ist dieses Recht besonders hervorgehoben worden.

2. **Recht des Mannes auf Besitzergreifung.** Der Mann ist kraft seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechts befugt, die zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen. Dieses Recht steht ihm nicht nur gegenüber der Frau, sondern auch gegenüber

Dritten zu (RG JW 07, 202[7], Sparkassenbücher der Frau). Im Weigerungsfalle kann der Mann auf Einräumung des Besitzes klagen. Das Recht, sich eigenmächtig in den Besitz der Gegenstände zu setzen (§ 858), steht dem Manne nicht zu. Daß der Mann Dritten gegenüber keine Eigenmacht ausüben darf, sondern auf Herausgabe klagen muß, folgt schon daraus, daß er durch die Eheschließung nicht mehr Rechte an dem Vermögen der Frau erwirbt, als dieser selbst zustehen. Im Verhältnisse des Mannes zu Dritten sind daher die allgemeinen Grundsätze über Besitzerwerb (§§ 854 ff.) anwendbar. Die Notwendigkeit der Klage gegen Dritte wurde auch nicht bei den Vorberatungen bezweifelt. Prot 4, 126; Komm.-B. (Heymanns Verlag S 137). Dasselbe gilt aber auch im Verhältnisse des Mannes zur Frau, da eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen im Gesetze nicht zum Ausdrucke gelangt ist.

3. Sämtliche zum eingebrachten Gute gehörenden **Sachen**, also auch Inhaber- und Orderpapiere gehören hierher. Wegen eines Erwerbsgeschäfts der Frau vgl. § 1367 A 2. Der Mann ist berechtigt, den Besitz eines nicht zum Vorbehaltsgute der Frau gehörenden Sparkassenbuchs zu beanspruchen, und darf, wenn die Frau das Sparguthaben abhebt, verlangen, daß ihm das Geld zur Verwaltung übergeben werde. Der Herausgabeanspruch des Mannes bezieht sich allerdings auf das von der Frau abgehobene Sparguthaben, aber die Verwirklichung dieses Anspruchs ist auch möglich, ohne daß gerade dieselben Geldstücke herausgegeben werden, die der Frau von der Sparkasse gezahlt wurden (RG 5. 10. 08 IV 330/08).

4. **Besitz.** Wie die Verwaltung des eingebrachten Gutes nicht dem Manne und der Frau gemeinschaftlich, sondern dem Manne allein (wenn auch in einzelnen Fällen durch die Zustimmung der Frau bedingt) zusteht, so ist auch der Mann zum Alleinbesitze berechtigt. Der Frau verbleibt, wenn der Mann die Sachen in Besitz genommen hat, kein Mitbesitz (wie z. B. im Falle des § 1081), sondern nur mittelbarer Besitz (§ 868).

§ 1374

Der Mann hat[1]) das eingebrachte Gut ordnungsmäßig[2]) zu verwalten. Über den Stand[3]) der Verwaltung hat[4]) er der Frau auf Verlangen[5]) Auskunft zu erteilen.

E I 1317 Satz 1, 1324, Abs 1, § 591; II 1273; M 4, 272, 285; P 4, 119, 129, 131, 143, 151, 158, 164, 174, 192.

1. **Verwaltungspflicht des Mannes.** Der Mann ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, das Vermögen der Frau zu verwalten (vgl. § 1363 A 4). Die Verwaltung hat er ordnungsmäßig zu führen. Darüber vgl. A 2. — Über die Rechte des Mannes an einem von der Frau selbständig betriebenen und in die Ehe eingebrachten Erwerbsgeschäfte vgl. § 1367 A 3.

2. **Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung.** Die Pflicht des Ehemannes zur ordnungsmäßigen Verwaltung umfaßt die Verpflichtung, das eingebrachte Gut zu erhalten und womöglich zu verbessern, sowie die zur Erreichung dieser Zwecke notwendigen Rechtsgeschäfte vorzunehmen, erforderlichenfalls die Zustimmung der Ehefrau einzuholen und bei unbegründeter Weigerung die Ersetzung der Zustimmung nach § 1379 herbeizuführen. Desgleichen hat er die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlichen Rechtsstreite zu führen (§ 1380 A 1). Die Handlungsweise eines ordentlichen Hausvaters bildet den Maßstab für die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung. Unberührt bleibt aber die Vorschrift des § 1359, wonach der Mann bei seiner Verwaltung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. In den durch § 1359 gezogenen Grenzen ist der Mann der Frau für den durch ordnungswidrige Verwaltung verursachten Schaden verantwortlich. Nach Beendigung — nicht schon während — der Verwaltung und Nutznießung hat er über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen (§ 1421), jedoch unbeschadet der Befugnis der Frau, ihren Anspruch auf Rechenschaft schon während der Verwaltung und Nutznießung geltend zu machen, falls die Voraussetzungen des § 1391 Abs 1 vorliegen (§ 1394; vgl. auch A 4).

3. Über den **Stand der Verwaltung** erteilt der Mann Auskunft, wenn er das seiner Verwaltung unterstehende Vermögen unter Bezeichnung der von ihm getroffenen Verwaltungsmaßregeln angibt. Die Auskunft muß so beschaffen sein, daß die Frau den zeitigen Bestand ihres Vermögens ersehen kann. Den Mann trifft daher gemäß § 260 auch die Verpflichtung, der Frau ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen und auf Verlangen den Offenbarungseid zu leisten. Verschieden von diesem einseitig aufgenommenen Verzeichnis ist das im § 1372 vorgeschriebene, unter Mitwirkung beider Ehegatten hergestellte Bestandsverzeichnis. Eine Bezugnahme auf letzteres kann je nach der Sachlage die Aufstellung eines neuen Verzeichnisses ersetzen. Die Auskunftspflicht ist keine Rechenschaftspflicht (§ 1421). Sie erstreckt sich nur auf die Verwaltung, nicht auch auf die Nutznießung des Mannes.

4. Die **Auskunftspflicht** ist zwar als eine Rechtspflicht anerkannt, aber während der Verwaltung und Nutznießung des Mannes kann die Frau eine Klage auf Auskunftserteilung nur erheben, wenn die Voraussetzungen des § 1391 Abs 1 vorliegen (§ 1394; vgl. A 2). Verweigerung der Auskunft begründet innerhalb der durch § 1359 gezogenen Grenzen Schadensersatzpflicht.

5. Die Frau kann das **Verlangen** jederzeit stellen und erneuern. Ohne Verlangen der Frau ist der Mann zur Auskunftserteilung nicht verpflichtet.

§ 1375

Das Verwaltungsrecht des Mannes umfaßt nicht die Befugnis, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten¹) oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung²) zu verfügen³).

E I 1319 Abs 1; II 1274; M 4, 183, 273, 278 ff.; P 4, 126, 130, 144, 151, 158, 161, 165, 166, 168.

1. **Verpflichtung der Frau durch Rechtsgeschäfte des Mannes.** Es handelt sich hierbei um Rechtsgeschäfte, die der Mann im Namen der Frau vornimmt und durch die der Frau Verpflichtungen in Ansehung ihres eingebrachten Gutes auferlegt werden sollen. Rechtsgeschäfte, die der Mann im eigenen Namen vornimmt, sind schon nach allgemeinen Grundsätzen ungeeignet, die Frau zu verpflichten. Diese Wirkung bleibt ihnen auch dann versagt, wenn sie zur ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes erforderlich waren und Ersatz- bezw. Befreiungsansprüche des Mannes (§§ 1390, 257) gegen die Frau begründen. Einen Ausnahmefall regelt § 1423. Auf Rechtsgeschäfte, die der Mann im Namen der Frau vornimmt und durch die der Frau Verpflichtungen auferlegt werden sollen, finden die Vorschriften über Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177—180) Anwendung. Hiernach hängt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts in der Regel von der Genehmigung (§ 184) der Frau ab. Hat die Frau zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts der fraglichen Art schon vorher ihre Zustimmung (§ 183) erteilt, so ist das Rechtsgeschäft in Ansehung ihres eingebrachten Gutes wirksam. Einer Vollmacht der Frau bedarf der Mann nicht.

2. Die **Zustimmung der Frau** bedarf keiner Form. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden. Im übrigen vgl. über den Begriff der Zustimmung §§ 182—184 und die Bemerkungen dazu. — Fehlt es an der Zustimmung der Frau, so ist zu unterscheiden, ob der Mann im eigenen Namen oder im Namen der Frau verfügt hat. Im ersteren Falle liegt eine Verfügung eines Nichtberechtigten vor, die unter den Voraussetzungen des § 185 Abs 2 nachträglich wirksam werden kann. Im letzteren Falle liegt eine Verfügung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht vor, die nach §§ 177—180 zu beurteilen ist (§ 1376 A 6).

3. **Verfügung des Mannes über eingebrachtes Gut.** Über den Begriff der Verfügung vgl. § 1395 A 2. Der Mann verfügt über eingebrachtes Gut, wenn er z. B. eine dazugehörige Sache dem Gläubiger als Pfand übergibt. Die Eingehung einer Verpflichtung enthält noch nicht eine Verfügung. Erteilt die Frau ihre Zustimmung, so kann der Mann die Verfügung im eigenen Namen oder im Namen der Frau vornehmen. Die Frage, ob er im letzteren Falle einer Vollmacht der Frau bedarf, ist zu verneinen (vgl. A 1). — Die Umgestaltung eines der Frau gehörigen, dem Betriebe der Landwirtschaft dienenden Gebäudes in ein Miethaus ist nicht eine der Zustimmung der Frau bedürfende Verfügung über eingebrachtes Gut, sondern nur eine Maßnahme tatsächlicher Art, hinsichtlich deren lediglich in Frage kommt, ob der Mann das im § 1374 ausgesprochene Gebot ordnungsmäßiger Verwaltung des eingebrachten Gutes befolgt hat. Das Gleiche gilt von der Abholzung eines Waldes; diese ist eine bloß tatsächliche Einwirkung auf das eingebrachte Gut. Da das gefällte Holz mit der Trennung vom Stamme in das Eigentum des Mannes übergeht (§§ 1383, 954, 1039), so trifft die spätere Veräußerung des Holzes eine nicht mehr zum eingebrachten Gute gehörende Sache (RG 6. 4. 05 IV 17/05). Der Antrag auf Aufhebung der Miteigentumseigenschaft (§ 753) eines Grundstücks, das die im gesetzlichen ehelichen Güterrechte lebenden Ehegatten zu gemeinschaftlichem Eigentum erworben haben, stellt keine Verfügung über den Anteil des andern Miteigentümers dar. Der Antrag setzt nicht die Einwilligung des andern Miteigentümers zur Vornahme der Teilung voraus (§ 749). Der Anteil der Frau gehört zwar zum eingebrachten Gute und unterliegt als solcher der Verwaltung des Mannes, aber die Frau bedarf zur Wahrnehmung ihrer Rechte in dem Zwangsversteigerungsverfahren gemäß § 1407 Nr 2 und § 1412 nicht der Zustimmung des Mannes (RG 67, 396). Die Anerkennung der Richtigkeit der bisher nicht feststehenden Grenzen eines Grundstücks ist eine Verfügung im Sinne des § 1375. Daher darf zur Abmarkung eines der Ehefrau gehörenden Grundstücks nicht der Ehemann statt der Frau zugezogen werden (RGSt 42, 72). Wenn der Ehemann Gelder seiner Ehefrau ohne deren Zustimmung zu eigenen Zwecken, z. B. zur Bezahlung einer eigenen Schuld verwendet, so wird dadurch noch kein Bereicherungsanspruch

der Ehefrau gegen den befriedigten Gläubiger begründet. Wußte dieser aber, daß der Ehemann ohne Zustimmung der Ehefrau, also pflichtwidrig, handelne, so machte er sich durch seine Beteiligung an dieser Pflichtwidrigkeit des Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig und wurde der Ehefrau gemäß § 826 haftbar. Letzterer liegt der Beweis ob (**RG** **JW** 05, 391[9]).

4. **Geltendmachung der Unwirksamkeit.** Sowohl der Mann als auch die Frau können die Unwirksamkeit geltend machen. Die Frau bedarf dazu nach § 1407 Nr 3 nicht der Zustimmung des Mannes. — Die Vorschriften über den *Schutz eines gutgläubigen Erwerbers* bleiben unberührt.

§ 1376

Ohne Zustimmung der Frau kann[1]) der Mann:

1. über Geld und andere verbrauchbare Sachen der Frau[2]) verfügen;[3])

2. Forderungen der Frau[4]) gegen solche Forderungen an die Frau, deren Berichtigung aus dem eingebrachten Gute verlangt werden kann[5]), aufrechnen[6]);

3. Verbindlichkeiten der Frau zur Leistung eines zum eingebrachten Gute gehörenden Gegenstandes durch Leistung des Gegenstandes erfüllen[7])[8]).

E I 1318 Nr 1, 2; II 1275; M 4, 188, 194, 273; P 4, 126, 130, 144, 151, 158, 161, 167.

1. Erfordert eine ordnungsmäßige Verwaltung die Vornahme der in § 1376 bezeichneten Verfügungen, so ist der Mann dazu der Frau gegenüber verpflichtet. Dem Gläubiger der Frau gegenüber besteht die Verpflichtung nicht.

2. Das **Eigentum der Frau** an dem Gelde und den anderen verbrauchbaren Sachen wird durch das Recht des Mannes auf Verwaltung und Nutznießung nicht aufgehoben. Die Regeln vom Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen (§ 1067) finden keine Anwendung.

3. **Verfügungsrecht des Mannes.** Über den Begriff der Verfügung vgl. § 1395 A 2. Die Pflicht ordnungsmäßiger Verwaltung (§ 1374 S 1) bezieht sich auch auf die Ausübung dieses Verfügungsrechts. Außerdem gilt hierfür § 1377.

4. Hier sind **Forderungen der Frau** gemeint, die zu ihrem eingebrachten Gute, nicht solche, die zu ihrem Vorbehaltsgute gehören.

5. **Forderungen an die Frau,** deren Berichtigung aus dem eingebrachten Gute verlangt werden kann, sind diejenigen Ansprüche, für die nach Maßgabe der §§ 1411—1414 das eingebrachte Gut haftet. Versagt ist dem Manne die selbständige Aufrechnung einer zum eingebrachten Gute gehörigen Forderung gegen eine Forderung, deren Berichtigung nur aus dem Vorbehaltsgute der Frau verlangt werden kann. Denn einmal bedeutet eine derartige Tilgung durch Aufrechnung eine mit dem Grundsatz ordnungsmäßiger Verwaltung unvereinbare Verminderung des eingebrachten Gutes, und zweitens liegt darin ein unstatthafter Eingriff in die der Ehefrau zustehende Verwaltung des Vorbehaltsguts (M 4, 277). Mit Zustimmung der Frau, aber nicht durch Vertrag mit dem Gläubiger ohne Zustimmung der Frau kann der Mann allerdings eine Verbindlichkeit des Vorbehaltsguts auf das eingebrachte Gut zum Zwecke der Aufrechnung übernehmen.

6. **Wirksamkeit der Aufrechnung.** Die Aufrechnung erfolgt wirksam, wenn sowohl die besonderen Voraussetzungen des § 1376 Nr 2 als auch die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 387—394 im Zeitpunkte der Aufrechnungserklärung vorliegen. Mangelt es an einer der Voraussetzungen, so ist die Aufrechnung unwirksam. Sowohl der Mann als auch die Frau können die Unwirksamkeit geltend machen. Die Frau bedarf dazu nach § 1407 Nr 3 nicht der Zustimmung des Mannes. *Andere Verfügungen* über Forderungen der Frau als die in § 1376 Nr 2 bezeichnete Aufrechnung (z. B. Kündigung, Einziehung, Abtretung, Verpfändung) darf der Mann nach § 1375 nur mit Zustimmung der Frau vornehmen. Die vom Schuldner ausgehende Kündigung ist nach § 1403 Abs 1 dem Manne gegenüber vorzunehmen. Wegen der Auskunftspflicht des Mannes gegenüber der Frau vgl. § 1374 S 2.

7. **Erfüllung.** Der Mann kann z. B. ohne Zustimmung der Frau den von ihm mit ihrer Zustimmung verkauften, zum eingebrachten Gute gehörigen Gegenstand dem Käufer übergeben. Auch Geldleistungen können unter § 1376 Nr 3 fallen. Der Erfüllung im Sinne dieser Vorschrift steht die Hinterlegung gleich. Dagegen ist dem Manne nicht gestattet, Gegenstände des eingebrachten Gutes an Erfüllungsstatt (§ 364) hinzugeben oder zu veräußern, um aus dem Erlöse die Verbindlichkeit zu erfüllen. Unberührt bleiben die sonstigen Vorschriften über den Nachweis der Verfügungsberechtigung, z. B. im Grundbuchverkehre.

8. **Andere Handlungen.** Der Mann ist kraft seines Verwaltungsrechts berechtigt, nicht nur die in § 1376 bezeichneten, sondern alle Handlungen vorzunehmen, die nur die Erhaltung oder Sicherung des eingebrachten Gutes zum Gegenstande haben. So kann er einen Arrest, eine einstweilige Verfügung oder die Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch erwirken (vgl. § 1380 A 5) oder ein Pfand oder einen Bürgen annehmen. Bezüglich der Errichtung des Nachlaßinventars durch den Mann vgl. § 2008.

§ 1377

[1])**Der Mann soll[2]) Verfügungen[3]), zu denen er nach § 1376 ohne Zustimmung der Frau berechtigt ist, nur zum Zwecke ordnungsmäßiger Verwaltung des eingebrachten Gutes vornehmen.**

Das zum eingebrachten Gute gehörende Geld[4]) hat der Mann nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften[5]) für die Frau[6]) verzinslich anzulegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben[7]) bereit zu halten ist.

Andere verbrauchbare Sachen[8]) darf der Mann auch für sich veräußern[9]) oder verbrauchen. Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so hat er den Wert der Sachen[10]) nach der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung zu ersetzen; der Ersatz ist[11]) schon vorher zu leisten, soweit die ordnungsmäßige Verwaltung des eingebrachten Gutes es erfordert.

E I 1294 S 2, 3, 1296, 1323; II 1276; M 4, 194 ff; 198, 282; P 4, 129, 131, 144, 148, 151, 158, 174, 179; 6, 273.

1. Der § 1377 Abs 1 spricht nur der größeren Deutlichkeit wegen aus, was schon aus § 1374 S 1 hervorgeht, wonach der Mann das eingebrachte Gut **ordnungsmäßig zu verwalten** hat (vgl. § 1374 A 2).

2. Ein Verstoß gegen diese **Sollvorschrift** hat auf die Gültigkeit der Verfügung keinen Einfluß, kann aber den Mann und den schlechtgläubigen Dritten der Frau gegenüber schadensersatzpflichtig machen.

3. Über den **Begriff der Verfügung** vgl. § 1395 A 2. Vgl. auch § 1375 A 3.

4. **Geld** hat der Mann anzulegen, nicht ausstehende Kapitalien, welche von der Frau in die Ehe eingebracht oder während der Ehe (z. B. durch Erbgang) erworben oder welche unter Mitwirkung beider Ehegatten gültig angelegt sind. Die Einziehung und mündelsichere Anlegung solcher Kapitalien kann aber ein Gebot ordnungsmäßiger Verwaltung sein.

5. **Mündelsichere Anlegung,** §§ 1807, 1808. Mit Zustimmung der Frau kann eine andere Anlegung erfolgen oder eine Anlegung gänzlich unterbleiben. — Die Vorschrift soll das Interesse der Frau wahren; diese kann daher auf Befolgung der Vorschrift verzichten und insbesondere den Verzicht dadurch zum Ausdruck bringen, daß sie ihrem Manne allgemein oder im Einzelfalle gestattet, die Gelder nicht mündelsicher bei Dritten oder auch bei sich selbst anzulegen. — Das Gebot mündelsicherer Anlegung bezweckt, das eingebrachte Gut der Frau vor Verlusten möglichst zu bewahren. Die hier ausgesprochene Verpflichtung des Mannes stellt eine Verschärfung der allgemeinen Pflicht des Mannes, das eingebrachte Gut der Frau ordnungsmäßig zu verwalten (§ 1374 S 1) dar. Durch die Vorschrift des § 1377 Abs 2 sollen Streitigkeiten unter den Ehegatten darüber, wann eine Geldanlage als ordnungsmäßig anzusehen ist, abgeschnitten werden (Mot 4, 282). Wenn aber beide Eheleute über eine bestimmte Geldanlage einig sind, so entfällt die Verpflichtung des Mannes aus § 1377 Abs 2. Eine Frau, die mit der Anlage ihres Geldes im Geschäfte des Mannes einverstanden war, kann nicht mit dem einfachen Hinweise auf § 1377 Abs 2 nachträglich mündelsichere Anlegung des Geldes verlangen. Anders, wenn die Voraussetzungen vorliegen, daß die Frau gemäß § 1391 Sicherheitsleistung verlangen kann (**RG** JW 09, 497[20]). — Die Folge der Zustimmung der Frau zu einer dem § 1377 Abs 2 widersprechenden Geldanlage ist, daß ein Ersatzanspruch der Frau für die Gegenwart regelmäßig ausgeschlossen ist und erst nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes erhoben werden kann (**RG** 65, 171). Daraus, daß die Frau der Verwendung ihres eingebrachten Geldes zur Begründung eines selbständigen Geschäfts des Mannes zustimmt, folgt kein Verzicht der Frau auf Rückgabe ihres eingebrachten Geldes (**RG** 7. 3. 10 IV 268/09).

6. **Für die Frau** legt der Mann das Geld an, wenn er z. B. Hypotheken auf ihren Namen eintragen läßt oder Wertpapiere für sie anschafft. Die in solcher Art angeschafften Gegenstände werden eingebrachtes Gut.

7. **Ausgaben.** Der Ehemann ist verpflichtet, zum eingebrachten Gute gehörende Gelder nur zur Bestreitung der für die ordnungsmäßige Verwaltung des eingebrachten Gutes erforderlichen, der Ehefrau zur Last fallenden Ausgaben und, soweit solche Ausgaben nicht zu machen sind, zur Anlegung nach Maßgabe der für Mündelgelder bestehenden Vorschriften zu verwenden. Ausgaben, die dem Ehemanne zur Last fallen (§§ 1384—1389), sind nicht zu berücksichtigen. Hiernach bemißt sich, wieviel der Ehemann zur Bestreitung von Ausgaben bereit halten darf. Wegen der ähnlichen Verpflichtung des Vormundes vgl. § 1806.

8. **Verbrauchbare Sachen.** Vgl. § 1376 A 2.
9. Die Worte im 3. Absatze: **„für sich"** drücken den Gegensatz zu den Worten im 2. Absatze: „für die Frau" aus.
10. Der **Wert** zur Zeit des Verbrauchs, bezw. der Veräußerung ist zu ersetzen. Eine Verpflichtung des Mannes, Zinsen schon vom Zeitpunkte des Verbrauchs, bezw. der Veräußerung ab zu vergüten (§ 668), besteht nicht.
11. Gerichtliche Geltendmachung dieses **Ersatzanspruchs** steht der Frau jedoch während des Güterstandes nur unter den Voraussetzungen des § 1394 zu. Sie hat dann nicht nur die Voraussetzungen für die Sicherheitsleistung, sondern auch zu beweisen, daß die ordnungsmäßige Verwaltung den vorzeitigen Ersatz erfordere. Die Gläubiger der Frau können diesen Ersatzanspruch schon während des Güterstandes gegen den Mann gerichtlich geltend machen (§ 1411 Abs 2 und A 6).

§ 1378

Gehört zum eingebrachten Gute ein Grundstück samt Inventar, so bestimmen sich die Rechte und Pflichten des Mannes in Ansehung des Inventars nach den für den Nießbrauch geltenden Vorschriften des § 1048 Abs. 1[1]).

E I 1292, 1000; II 1277; M 4, 182 ff; P 4, 126, 130, 144, 168.

1. Nur der 1. (Ersatz für ausscheidende Stücke), nicht auch der 2. Absatz des § 1048 findet Anwendung. Die Ehegatten können aber eine dem 2. Absatze des § 1048 (Übernahme zum Schätzungswerte) entsprechende Vereinbarung treffen. Die Vereinbarung bedarf nicht der Form des Ehevertrags. Im übrigen vgl. Erl. zu § 1048.

§ 1379

Ist zur ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes ein Rechtsgeschäft[1]) erforderlich[2]), zu dem der Mann der Zustimmung der Frau bedarf, so kann die Zustimmung auf Antrag[3]) des Mannes durch das Vormundschaftsgericht[4]) ersetzt werden, wenn die Frau sie ohne ausreichenden Grund[5]) verweigert[6]).

Das Gleiche gilt, wenn die Frau durch Krankheit oder durch Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

E I 1319 Abs 2; II 1278; M 4, 279; P 4, 127, 130, 144, 151, 158, 162, 169.

1. Zu welchen **Rechtsgeschäften** der Mann der Zustimmung der Frau bedarf, ergibt sich aus § 1375 in Verbindung mit § 1378 (vgl. auch § 1376 A 9). Nach § 1380 kann der Mann ein zum eingebrachten Gute gehörendes Recht im eigenen Namen gerichtlich geltend machen. Auf Ersetzung der Zustimmung der Frau zur Führung eines Rechtsstreits hat der Mann kein Recht. Das Rechtsgeschäft kann schon vorgenommen oder noch vorzunehmen sein.
2. Ob das Rechtsgeschäft zur **ordnungsmäßigen Verwaltung** des eingebrachten Gutes erforderlich ist, ist wesentlich Tatfrage (vgl. § 1374 A 2).
3. Der **Antrag** ist durch Darlegung der Sachlage, insbesondere des Rechtsgeschäfts so zu begründen, daß das Vormundschaftsgericht in eine Prüfung gemäß § 1379, nötigenfalls Beweisaufnahme eintreten kann.
4. **Zuständigkeit und Verfahren des Vormundschaftsgerichts** regeln sich nach §§ 45 53, 55, 60 Nr 6, 62, 63, 199 FGG. Die Ersetzung der Zustimmung muß das fragliche Rechtsgeschäft genau bezeichnen. Die durch das Vormundschaftsgericht rechtskräftig ersetzte Zustimmung wirkt wie die von der Frau erteilte. Die ersetzte Zustimmung kann freilich nicht wie die erteilte widerrufen werden (§ 183).
5. Ob der Frau ein **ausreichender Grund** zur Seite steht, ist wesentlich Tatfrage. Kein ausreichender Grund ist es, wenn die Frau verlangt, selbst das Rechtsgeschäft mit Zustimmung des Mannes vornehmen zu dürfen. Dem Verlangen steht das Verwaltungsrecht des Mannes entgegen.
6. **Verweigerung** der Zustimmung liegt auch dann vor, wenn die Frau ihre Einwilligung gemäß § 183 widerruft.
7. Die **Verhinderung der Frau** durch Krankheit oder Abwesenheit steht, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, der grundlosen Verweigerung der Zustimmung gleich. Die Verhinderung braucht nicht dauernd zu sein wie z. B. im Falle des § 1305 Abs 2.

§ 1380

Der Mann kann[1]) ein zum eingebrachten Gute gehörendes Recht[2]) im eigenen Namen[3]) gerichtlich[4]) geltend machen[5]). Ist er befugt, über das Recht ohne Zustimmung der Frau[6]) zu verfügen, so wirkt das Urteil[7]) auch für und gegen die Frau[7]).

E I 1322; II 1281; M 4, 281; P 4, 129, 130, 145, 151, 158, 161, 172.

1. Der Mann ist der Frau gegenüber zur gerichtlichen Geltendmachung des Rechtes **verpflichtet**, falls eine ordnungsmäßige Verwaltung die Führung des Rechtsstreits gebietet (vgl. § 1374 A 2). Die Führung eines Rechtsstreits ist als eine zur Erhaltung des eingebrachten Gutes dienende Verwaltungshandlung, nicht als eine Verfügung anzusehen. Sie kann aber wegen der Grundsätze über die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils mittelbar die Folgen einer Verfügung haben.

2. **Rechte jeder Art**, z. B. ein Forderungsrecht, ein Pfandrecht, ein Anfechtungsrecht. Dagegen werden Rechte, die dem Ehemanne kraft seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechts zustehen, z. B. seine Rechte aus § 1373 auf Besitzergreifung der zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen und aus Erwerb der Nutzungen des eingebrachten Gutes vom § 1380 nicht betroffen. Solche Rechte kann er selbständig geltend machen.

3. In dem vom Manne **im eigenen Namen** geführten Rechtsstreite kann die Frau Zeugin sein (RG 3. 7. 05 IV 105/05). Mit Zustimmung der Frau kann der Mann das zum eingebrachten Gute gehörende Recht auch im Namen der Frau geltend machen. Diese Befugnis liegt in seinem Verwaltungsrechte. Die Zustimmung der Frau macht die Erteilung einer Prozeßvollmacht überflüssig und ist nötigenfalls dem Prozeßgerichte nachzuweisen (vgl. auch § 1400 Abs 2). Der im gesetzlichen Güterstande lebende Ehemann ist berechtigt, den Anspruch aus dem seiner Frau durch einen Unfall erwachsenen Schaden als eingebrachtes Gut im eigenen Namen einzuklagen (RG 15. 11. 06 VI 81/06). Vgl. auch RG 47, 84, RG JW 09, 483[1], § 1356 A 7.

4. Die Geltendmachung kann sowohl von den bürgerlichen **Gerichten** als auch vor den Verwaltungsgerichten und Verwaltungsbehörden erfolgen.

5. Die **Geltendmachung** kann in jeder Art der Rechtsverfolgung (Klage, Widerklage, Mahnverfahren, Arrest, einstweilige Verfügung) und Rechtsverteidigung (Einrede) erfolgen (vgl. § 1376 A 9). Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtes ist ebenfalls zulässig. Wegen der Kosten vgl. § 1387 Nr 1. Das Recht der Geltendmachung umfaßt nicht das Recht der Einziehung einer Leistung. Dazu bedarf es der Zustimmung der Frau (§ 1375), falls nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 1376—1378 vorliegt oder die Zustimmung gemäß § 1379 ersetzt ist. Im Regelfalle darf daher der Mann nicht auf Leistung an ihn klagen. Dagegen kann Leistung an die Frau oder Leistung an beide Eheleute gemeinschaftlich oder Leistung an ihn bei Zustimmung der Frau verlangt werden, ebenso Hinterlegung für beide Ehegatten. Ob der Mann wegen einer der Frau zustehenden Kapitalsforderung nur auf Leistung an beide Ehegatten zusammen klagen könne und zwar auch im Falle der Zustimmung der Frau zu seiner Klageerhebung, ist in RG 67, 265 unentschieden gelassen. Wegen der Nutzungen vgl. A 2. Wegen der Geltendmachung von Ansprüchen gegen das eingebrachte Gut vgl. §§ 739, 741, 742 ZPO. Mann und Frau können die einem jeden von ihnen durch das Gesetz — dem Manne durch § 1380, der Frau durch § 1400 — verliehenen Klagebefugnisse in demselben Rechtsstreit als Streitgenossen ausüben (RG 25. 1. 06 IV 369/05). Die im gesetzlichen Güterrechte lebenden Eheleute können gemeinsam einen Schadensersatzanspruch wegen einer der Frau zugefügten Körperverletzung geltend machen (RG JW 06, 167[12]). Vgl. auch § 1356 A 7.

6. Z. B. wenn es sich um die Rückforderung verbrauchbarer Sachen handelt (§ 1376 Nr 1).

7. **Wirkung des Urteils.** a) Ist der Mann nicht befugt, über das zum eingebrachten Gute gehörende Recht ohne Zustimmung der Frau zu verfügen (z. B. eine Darlehensforderung der Frau), und klagt er im eigenen Namen, so wirkt das Urteil nur für und gegen den Mann, nicht auch für und gegen die Frau. Wird in diesem Falle der Beklagte verurteilt, so ist damit das Recht der Frau (z. B. eine Darlehensforderung) durch den Mann zur Anerkennung gebracht. Mittelbar kann ein solches Urteil für die Frau allerdings den Vorteil zur Folge haben, daß ihr die Führung eines Rechtsstreits (§ 1400) erspart wird. Wird in dem gedachten Falle die Klage des Mannes abgewiesen, so ist damit zwar das Recht der Frau dem Manne abgesprochen worden, aber eben nur im Verhältnisse des Beklagten zum Manne. Der Frau bleibt es unbenommen, ihr Recht in einem anderen Rechtsstreite durchzuführen. Die Einreden der Rechtshängigkeit und Rechtskraft können ihr nicht entgegengesetzt werden. Immer ist es das Recht der Frau, das der Mann kraft eines Verwaltungsrechts geltend macht, und nicht bloß sein Verwaltungs- und Nutz-

nießungsrecht, wie Planck § 1380 A 1 und andere annehmen. Wirkt das Urteil nur für und gegen den Mann, so können dementsprechend auch die von ihm im Rechtsstreit abgegebenen Verzichte und Anerkenntnisse dem Rechte der Frau nichts vergeben. Erteilt aber die Frau zu dem Verzicht oder Anerkenntnisse des Mannes ihre Zustimmung, so wirken die Erklärungen des Mannes auch für und gegen sie. Anders liegt die Sache, wenn die Frau ihre Zustimmung zu der Führung des Rechtsstreits durch den Mann erteilt. Dadurch erreicht sie nicht, daß das Urteil für und gegen sie wirkt. Gerechtfertigt wird dies durch billige Rücksichtnahme auf den Prozeßgegner, der möglicherweise, wenn die Frau Partei wäre, dieser gegenüber eine günstigere Stellung (in Bezug auf die Möglichkeit einer Widerklage oder auf die Beweismittel) im Rechtsstreit einnehmen würde (Prot 4, 173). Die Frau erlangt demzufolge auch nicht durch den Beitritt als Nebenintervenientin (§ 69) die Stellung einer Streitgenossin ihres Mannes. b) Ist der Mann befugt, über das zum eingebrachten Gute gehörende Recht ohne Zustimmung der Frau zu verfügen (vgl. A 6) und klagt er im eigenen Namen, so wirkt das Urteil nicht nur für und gegen den Mann, sondern auch für und gegen die Frau. Wie im Falle zu a ist auch in diesem Falle das Recht der Frau Gegenstand des Rechtsstreits. Verzichte und Anerkenntnisse des Mannes wirken wie das Urteil für und gegen die Frau. Einer Klage der Frau würden die Einreden der Rechtshängigkeit und Rechtskraft entgegenstehen.

§ 1381

[1])Erwirbt[2]) der Mann mit Mitteln[3]) des eingebrachten[4]) Gutes bewegliche Sachen[5]), so geht mit dem Erwerbe[6]) das Eigentum auf die Frau über, es sei denn[7]), daß der Mann nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben will. Dies gilt insbesondere auch von Inhaberpapieren und von Orderpapieren, die mit Blankoindossament versehen sind.

Die Vorschriften des Abs. 1 finden entsprechende Anwendung, wenn der Mann mit Mitteln des eingebrachten Gutes ein Recht an Sachen[8]) der bezeichneten Art oder ein anderes Recht erwirbt, zu dessen Übertragung der Abtretungsvertrag genügt[9]).

E II 1279; P 4, 131,1 44, 151, 169 ff, 184 ff.

1. **Zweck der Vorschrift.** Die Vorschrift bezweckt, die Frau vor Benachteiligung durch das Verwaltungsrecht des Mannes zu schützen. Handelt der Mann im Namen der Frau, so wird schon nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 164 ff., §§ 929 ff.) das eingebrachte Gut unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Handelt der Mann aber im eigenen Namen, so wird Dritten gegenüber zunächst der Mann allein berechtigt und verpflichtet, und die Wirkungen des Geschäfts müssen auf die Frau noch besonders übertragen werden. Dies ist unter Ehegatten nicht üblich, ja häufig wird sich der Mann des Erfordernisses der Übertragung gar nicht bewußt sein. Unterbleibt aber die Übertragung, so würde die Frau nur Ersatzansprüche gegenüber dem Manne geltend machen können. Zur Sicherstellung der Frau ist daher angeordnet, daß das Eigentum gewisser vom Manne mit Mitteln der Frau angeschaffter Sachen auf die Frau ohne weiteres übergeht. — Die rechtliche Ersetzung (Surrogation) des § 1381 setzt voraus, daß der Mann für Rechnung des Eingebrachten erwerben will, wenn er auch im eigenen Namen handelt. Wenn er dagegen — gleichviel ob mit oder ohne Zustimmung der Frau — für sich erwerben will und erwirbt, so tritt rechtliche Ersetzung nicht ein (RG 40, 177).

2. **Erwerb des Mannes,** selbst wenn er ohne Zustimmung und ohne Wissen der Frau handelt.

3. **Mittel** sind Geld und alle sonstigen wirtschaftlichen Werte. In demselben Sinne ist das Wort in § 45 KO (Aussonderungsrecht der Frau) gebraucht.

4. Mit Mitteln des **eingebrachten Gutes,** also nicht mit Mitteln des Vorbehaltsguts oder des Mannes oder eines Dritten.

5. **Sachen.** Auch Geld und andere verbrauchbare Sachen. Was der Mann auf Grund eines zum eingebrachten Gute gehörenden Rechtes, insbesondere durch Einziehung einer dazu gehörenden Forderung erwirbt, wird schon nach allgemeinen Grundsätzen eingebrachtes Gut.

6. **Zeitpunkt des Eigentumsüberganges.** Handelt der Mann im eigenen Namen, so geht das Eigentum auf die Frau in dem Zeitpunkt über, in welchem sich die Voraussetzungen erfüllen, die nach allgemeinen Grundsätzen den Eigentumsübergang auf den Mann bedingen. Wegen des Falles, wenn der Mann im Namen der Frau handelt vgl. A 1.

7. **Beweisregeln.** Beweist die Frau, daß der Erwerb mit den Mitteln des eingebrachten Gutes gemacht worden ist, so wird angenommen, daß er auch für Rechnung des eingebrachten

Gutes gemacht worden ist. Die Vermutung aus § 1362 Abs 1 ist dann widerlegt. Dem Manne steht aber der Gegenbeweis offen, daß er nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes habe erwerben wollen. In diesem Falle ist zwar Eigentum auf die Frau nicht übergegangen, der Mann bleibt aber verpflichtet, die Wirkungen des Geschäfts auf die Frau zu übertragen. Hat der Mann für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben wollen, so erlangt die Frau Alleineigentum, gleichviel ob er den Erwerb mit eigenen Mitteln oder mit Mitteln des eingebrachten Gutes gemacht hat. Hat der Mann zum Teile eigene Mittel, zum Teile Mittel des eingebrachten Gutes verwandt, und kann er den Gegenbeweis, daß er nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes habe erwerben wollen, nicht führen, so entsteht Miteigentum nach Verhältnis der verwandten Mittel.

8. **Rechte an Sachen.** Z. B. eines Pfandrechts.

9. **Abtretungsvertrag,** §§ 398 ff.

§ 1382

[1])Haushaltsgegenstände[2]), die der Mann an Stelle[3]) der von der Frau eingebrachten[4]), nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen[5]) Stücke anschafft[6]), werden eingebrachtes Gut[7])[8]).

E II 1280; P 4, 131, 144, 170, 184, 190; 6, 273.

1. **Begründung der Vorschrift.** Folgende Erwägungen waren maßgebend: Die Verpflichtung des Mannes, das eingebrachte Gut zu erhalten (§ 1374 A 2), erstrecke sich nur auf die eingebrachten Haushaltsgegenstände. Die Frau könne darauf rechnen, ihre Haushaltsgegenstände in ordnungsmäßigem Zustande zurückzuerhalten. Es entspreche der Willensmeinung jedes gewissenhaften Mannes, daß die zur Ergänzung eingebrachter Haushaltsgegenstände angeschafften Stücke eingebrachtes Gut würden. Auch erhalte die Frau bei dieser Regelung eine kleine Entschädigung dafür, daß sie bei dem gesetzlichen Güterstande keinen Anteil an der Errungenschaft habe. Würde von einer besonderen Bestimmung abgesehen, so möchte, was sich nicht empfehle, in jedem einzelnen Falle untersucht werden, in welchem Sinne die Anschaffung erfolgt sei (Prot 4, 191).

2. **Haushaltsgegenstände** sind die zum ehelichen Haushalte gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind. Vgl. § 1932 (Voraus der Ehefrau) und § 1378 (Grundstückszubehör). Zu den Haushaltsgegenständen gehören unter anderem das Haus- und Küchengerät, die Betten und das Tischzeug. Kleider und Leibwäsche gehören nicht dazu (vgl. § 1366 A 1 und 6 und § 1362 Abs 2).

3. **Ersatzstücke.** Es muß sich um ein Ersatzstück handeln. Das Ersatzstück braucht nicht von gleicher Art und Beschaffenheit und von gleichem Werte zu sein. Ersetzung von Ersatzstücken wird ebenso angesehen. Ersetzung liegt dagegen nicht vor, wenn es sich um Vermehrung der Haushaltsgegenstände handelt. Ob Vermehrung oder Ersetzung vorliegt, ist Tatfrage. Würde z. B. an Stelle eines Sofas nebst 4 zugehörigen Sesseln ein anderes nebst 6 zugehörigen Sesseln angeschafft, so ließe sich darin eine bloße Ersetzung, keine Vermehrung finden.

4. Zu den **eingebrachten** Haushaltsgegenständen sind auch diejenigen zu rechnen, welche die Frau während der Ehe erwirbt (vgl. § 1363 Abs 2 und A 6).

5. **Untergang und Verschlechterung.** Auch bei zufälligem Untergang und bei zufälliger Verschlechterung der Haushaltsgegenstände findet § 1382 Anwendung, ja selbst dann, wenn, was wohl selten vorkommen wird, Untergang oder Verschlechterung auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Frau zurückzuführen wären. Wertlos geworden ist ein Haushaltsgegenstand nicht etwa erst, wenn er gar keinen Wert mehr hat, sondern schon, wenn er nicht mehr geeignet erscheint, seinem bestimmungsmäßigen Zwecke zu dienen. Wird ein Haushaltsgegenstand durch Schuld eines Dritten beschädigt oder zerstört und erwächst der Frau daraus ein Schadensersatzanspruch, so kann der Mann Abtretung dieses Anspruchs verlangen.

6. **Anschaffung.** Darauf, ob der Mann den Willen hat, das neue Stück an Stelle des nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen anzuschaffen, und so zu einem Bestandteile des eingebrachten Gutes zu machen, kommt es nicht an (ebenso Staudinger, Endemann; A. M. Planck A 3 b). Es genügt, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß es sich um ein Ersatzstück handelt (A 3). Der § 1382 will gerade jede Untersuchung darüber, in welchem Sinne die Anschaffung erfolgt sei, abschneiden (Prot 4, 191; oben A 1).

7. **Beweislast.** Daß die Voraussetzungen des § 1382 vorliegen, hat die Frau zu beweisen. Im Falle des Beweises ist die Vermutung aus § 1362 Abs 1 widerlegt, auch das Aussonderungsrecht der Frau aus § 45 KO in Ansehung des Ersatzstücks dargetan.

8. Eine **Klage auf regelmäßige Ergänzung** der eingebrachten Haushaltsgegenstände steht der Frau gegen den Mann nicht zu. Unberührt bleibt ihr Ersatzanspruch, falls den Mann ein Verschulden trifft (§§ 1421, 1359). Ein Anspruch auf Ersatz des für die Anschaffung aus eigenen Mitteln Aufgewendeten (§ 1390) steht dem Manne gegen die Frau nicht zu.

§ 1383

Der Mann erwirbt die Nutzungen[1]) des eingebrachten Gutes in derselben Weise[2]) und in demselben Umfange[3]) wie ein Nießbraucher.

E I 1292; II 1282 Abs 1; M 4, 180 ff; P 4 125 ff., 130, 145, 152, 159, 173, 176.

1. Begriff der **Nutzungen** § 100.

2. **Fruchterwerb.** Der Mann erwirbt also die Früchte einer Sache oder eines Rechtes (§ 99) mit der Trennung (§§ 954, 1068). Für die Verteilung der Früchte nach Zeit ist § 101 maßgebend.

3. **Umfang des Erwerbes.** § **1031** (Nießbrauch am Zubehör) ist nicht anwendbar. Gehört ein Grundstück zum eingebrachten Gute, so erstreckt sich das Nutznießungsrecht des Mannes auf das Zubehör nur, wenn dieses mit eingebracht ist. § **1037.** Das Recht, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern, steht dem Ehemann innerhalb der Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung zu (vgl. § 1374 A 1 und 2). § **1038.** Die Verpflichtung, sich einem Wirtschaftsplane zu unterwerfen, trifft den Mann nicht. Eine solche Verpflichtung würde dem ehelichen Verhältnisse nicht entsprechen (Prot 4, 176). Sie ist auch entbehrlich, weil in der Pflicht des Mannes zur ordnungsmäßigen Verwaltung eine fast gleichwertige Sicherstellung der Frau liegt (a. M. Planck A 2 c). § **1039** (übermäßig gezogene Früchte) ist mit Ausschluß der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung anwendbar. Die Verpflichtung des Mannes zur Sicherheitsleistung bestimmt sich nach § 1391, sein Verschulden nach §§ 1359, 1374. Wegen der Ersatzpflicht des Mannes vgl. auch § 1377 Abs 3. § **1040** ist unanwendbar, da der Anteil der Frau an dem Schatze Bestandteil des eingebrachten Gutes wird (§ 1363 Abs 2), also der Nutznießung des Mannes unterliegt (§ 1363 Abs 1). § **1046** (Nießbrauch an einer Forderung gegen den Versicherer) findet mit Ausschluß der Befugnis des Eigentümers zur eigenen Verwendung der Versicherungssumme (§ 1046 Abs 2 Satz 2) Anwendung, folgt übrigens auch schon aus der Pflicht des Mannes zu ordnungsmäßiger Verwaltung. § **1048 Abs 1** (Grundstücksinventar) ist nach § 1378 anwendbar. Wegen § 1048 Abs 2 vgl. Anm zu § 1378. § **1060** (Zusammentreffen mit andern Nutzungsrechten) ist nicht anwendbar (M 4 S 192 zu 9). § **1066** (Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers) ist anwendbar. § **1067** Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen) ist durch § 1376 Nr 1 ersetzt. § **1073** (Nießbrauch an einer Leibrente, einem Auszuge oder ähnlichen Rechte) ist anwendbar.

§ 1384

Der Mann hat außer den Kosten, welche durch die Gewinnung der Nutzungen[1]) entstehen, die Kosten der Erhaltung[2]) der zum eingebrachten Gute gehörenden Gegenstände nach den für den Nießbrauch geltenden Vorschriften[3]) zu tragen.

E I 1297 Abs 1 Halbs 1; II 1283; M 4, 199; P 4; 131, 148, 152, 159, 175, 192; 6, 273.

1. Begriff der **Nutzungen** § 100.

2. **Erhaltungskosten.** Die Kosten der Verwaltung trägt die Frau, soweit sie nicht zu den in den §§ 1384—1387 dem Manne auferlegten Lasten gehören. Auch die gewöhnliche Abnutzung geschieht — wie aus §§ 1359, 1421 folgt — zu Lasten der Frau, jedoch vorbehaltlich der Ersatzpflicht des Mannes beischuldbar verursachter Verschlechterung. Vgl. auch § 1382 (Haushaltsgegenstände).

3. **Vorschriften über den Nießbrauch** §§ 1041—1043 und 1068. Die im § **1042** bestimmte Anzeigepflicht trifft den Ehemann nicht, aber er hat für die Vornahme außergewöhnlicher Ausbesserungen oder Erneuerung zu sorgen, falls dies eine ordnungsmäßige Verwaltung erfordert. § **1044** (Gestattung einer Ausbesserung) ist unanwendbar. Auf die §§ 592, 593 ist in § **1421** (Bewirtschaftung eines Landguts oder landwirtschaftlichen Grundstücks) ausdrücklich hingewiesen (vgl. § 1055).

§ 1385

Der Mann ist der Frau gegenüber verpflichtet[1]), für die Dauer[2]) der Verwaltung und Nutznießung zu tragen:

1. die der Frau[3]) obliegenden öffentlichen Lasten mit Ausschluß der auf dem Vorbehaltsgute[4]) ruhenden Lasten und der außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert des eingebrachten Gutes gelegt anzusehen sind[5]);

2. **die privatrechtlichen Lasten**[6]**, die auf den zum eingebrachten Gute gehörenden Gegenständen ruhen**[7]**;**
3. **die Zahlungen, die für die Versicherung der zum eingebrachten Gute gehörenden Gegenstände zu leisten sind**[8]**.**

E I 1297 Abs I Nr 1—3; II 1284; M 4, 200; P 4, 131, 132, 148, 152, 159, 178, 192; 6 273 ff.

1. Der § 1385 lehnt sich an die Bestimmungen über den Nießbrauch an (§§ 1047, 1045 Abs 2). Die **Verpflichtung** trifft den Mann, gleichviel ob und wie hohe Erträge das eingebrachte Gut abwirft oder ob überhaupt eingebrachtes Gut vorhanden ist (vgl. Vorbem vor § 1373). Anspruch auf Ersatz des Aufgewendeten hat der Mann gegen die Frau nicht. Wegen der Haftung des Mannes gegenüber den Gläubigern vgl. § 1388.

2. Für die Verteilung der Lasten nach Zeit ist § 103 maßgebend.

3. **Lasten der Frau.** Der Mann hat nicht nur die auf dem eingebrachten Gute ruhenden, sondern auch die der Frau in Person obliegenden öffentlichen Lasten (z. B. Personalsteuern) zu tragen.

4. **Lasten des Vorbehaltsguts.** Z. B. die Gewerbesteuer der ein Erwerbsgeschäft selbständig betreibenden Frau (§ 1367).

5. **Außerordentliche Lasten.** Z. B. die Erbschaftssteuer.

6. Der Ausdruck: „**privatrechtliche Lasten**" ist hier in demselben Sinne gebraucht wie im § 1047. Insbesondere fallen darunter die Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden, sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen. Hinsichtlich der Zinsen von Hypothekenforderungen wird die Verpflichtung des Mannes jedoch durch § 1386 (vgl. A 9) eingeschränkt. Auch die einzelnen Leistungen einer Reallast sind privatrechtliche Lasten im Sinne des § 1047, dagegen nicht die Ablösungssumme für eine Reallast oder eine Rentenschuld, ebensowenig die Hypotheken- und Grundschuldkapitalien selbst.

7. Selbst wenn die Belastung des eingebrachten Gutes erst während der Verwaltung und Nutznießung des Mannes eingetreten ist. Abweichung von § 1047.

8. Versicherungsbeiträge, Stempel, Gebühren und sonstige für **die Versicherung** erforderliche Leistungen. Die Zahlungspflicht des Mannes tritt ein, gleichviel, ob die Versicherung von ihm während des Güterstandes oder von einem andern vor Eintritt des Güterstandes genommen worden ist. Für einen von der Frau während der Verwaltung und Nutznießung geschlossenen Versicherungsvertrag ist § 1399 maßgebend. Die Frage, ob der Mann zur Versicherung der zum eingebrachten Gute gehörenden Gegenstände verpflichtet ist, entscheidet sich nach § 1374. Vgl. A 1 und 2 daselbst, sowie § 1045 Abs 1. Zahlungen für Versicherung von Früchten liegen dem Manne nach § 1384 ob (Gewinnungskosten).

§ 1386

Der Mann ist der Frau gegenüber verpflichtet[1]**, für die Dauer**[2] **der Verwaltung und Nutznießung die Zinsen derjenigen Verbindlichkeiten**[3] **der Frau zu tragen, deren Berichtigung aus dem eingebrachten Gute verlangt werden kann**[4]**. Das Gleiche gilt von wiederkehrenden Leistungen anderer Art**[5]**, einschließlich der von der Frau auf Grund ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht geschuldeten Leistungen**[6]**, sofern sie bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden**[7]**.**

Die Verpflichtung des Mannes tritt nicht ein[8]**, wenn die Verbindlichkeiten oder die Leistungen im Verhältnisse der Ehegatten zu einander dem Vorbehaltsgute der Frau zur Last fallen**[9]**.**

E I 1297 Abs I Nr 4; II 1285; M 4, 200 ff; P 4, 132 148, 152, 159, 179 192; 6, 273.

1. Der § 1386 beruht auf ähnlichen Erwägungen wie § 1047 (Zinsen). Vgl. auch § 1088 Abs 1 Satz 2 (wiederkehrende Leistungen). Die **Verpflichtung** trifft den Mann, gleichviel ob und wie hohe Erträge das eingebrachte Gut abwirft oder ob überhaupt eingebrachtes Gut vorhanden ist (vgl. Vorb vor § 1373). Anspruch auf Ersatz des Aufgewendeten hat der Mann gegen die Frau nicht. Wegen des Wegfalls der Unterhaltsleistungen bei Leistungsunfähigkeit der Frau vgl. jedoch A 7. Wegen der Haftung des Mannes gegenüber den Gläubigern vgl. § 1388.

2. Für die Verteilung der Zinsen und anderer Leistungen nach Zeit ist § 103 maßgebend.

3. **Verbindlichkeiten.** Gleichviel ob persönliche oder dingliche.

4. **Beweislast.** Daß eine Verbindlichkeit vorliegt, deren Berichtigung aus dem eingebrachten Gute verlangt werden kann (§§ 1411—1414), hat die Frau zu beweisen. Gleichgültig ist, ob die Verbindlichkeit vor oder nach Eintritt der Verwaltung und Nutznießung entstanden ist. Abweichung von § 1047.

5. **Wiederkehrende Leistungen.** Z. B. Beiträge für Lebens-, Unfall-, Haftpflichtversicherungen, falls ihre Berichtigung aus dem eingebrachten Gute verlangt werden kann. Leistungen zum Ersatze der durch den gewöhnlichen Gebrauch abgenutzten Stücke (§ 1382) gehören nicht hierher.

6. Für die **gesetzliche Unterhaltspflicht der Frau** kommen in Betracht §§ 1601, 1604 Abs 1 (gegenüber ihren Verwandten), §§ 1578, 1583 (gegenüber dem geschiedenen Manne), §§ 1345, 1346 (gegenüber dem andern Ehegatten bei Nichtigkeit der Ehe) und § 1351 (gegenüber dem andern Ehegatten bei angefochtener Todeserklärung). Bei Leistungsunfähigkeit der Frau (§ 1603) ist auch der Mann von Unterhaltsleistungen frei.

7. Den **Maßstab** gibt die Handlungsweise eines ordentlichen Hausvaters ab.

8. Die Voraussetzungen des Nichteintritts hat der **Mann zu beweisen.**

9. Hierfür maßgebend sind die §§ 1415 und 1416. Wird für eine Verbindlichkeit des Vorbehaltsguts oder für eine solche Verbindlichkeit des eingebrachten Gutes, welche im Verhältnisse der Ehegatten zu einander nach §§ 1415, 1416 dem Vorbehaltsgute zur Last fällt, eine Hypothek mit einem zum eingebrachten Gute gehörenden Grundstücke bestellt, so tritt die Verpflichtung des Mannes zur Haftung der Hypothekenzinsen nicht ein. Abweichung von § 1047. (Vgl. § 1385 A 6).

§ 1387

Der Mann ist der Frau gegenüber verpflichtet[1]), zu tragen:

1. die Kosten eines[2]) Rechtsstreits[3]), in welchem er ein zum eingebrachten Gute gehörendes Recht geltend macht[4]), sowie die Kosten eines Rechtsstreits, den die Frau führt[5]), sofern nicht die Kosten dem Vorbehaltsgute zur Last fallen[6]);

2. die Kosten der Verteidigung[7]) der Frau in einem gegen sie gerichteten Strafverfahren[8]), sofern[9]) die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten ist oder mit Zustimmung[10]) des Mannes erfolgt, vorbehaltlich der Ersatzpflicht[11]) der Frau im Falle ihrer Verurteilung.

E I 1297 Abs 1 Nr 5 ff; II 1286; M 4, 202; P 4, 132, 148, 152, 159, 173, 179, 183, 208.

1. Die **Verpflichtung** trifft den Mann, gleichviel ob und wie hohe Erträge das eingebrachte Gut abwirft oder ob überhaupt eingebrachtes Gut vorhanden ist (vgl. Vorb vor § 1373). Anspruch auf Ersatz des Aufgewendeten hat der Mann gegen die Frau nicht. Wegen der Haftung des Mannes gegenüber den Gläubigern vgl. § 1388.

2. **Kosten.** Der Ausdruck „Kosten" umfaßt sämtliche Kosten des Verfahrens, insbesondere die der Behörde, des Gerichtsvollziehers und der Anwälte mit Einschluß der dem Gegner zu erstattenden Kosten.

3. **Rechtsstreit.** Gleichgültig ist, ob der Rechtsstreit vor einem bürgerlichen Gerichte, einem Verwaltungsgericht oder einer Verwaltungsbehörde anhängig gemacht worden ist. Auch eine Privatklage der Frau fällt hierunter.

4. Die **Geltendmachung** kann in jeder Art der Rechtsverfolgung (Klage, Widerklage, Mahnverfahren, Arrest und einstweilige Verfügung) und Rechtsverteidigung (Einrede) erfolgen (vgl. § 1380 A 5). Gleichgültig ist es, ob der Mann das Recht im eigenen Namen oder im Namen der Frau geltend macht. Wegen der Wirkung des Urteils vgl. § 1380 A 7.

5. **Rechtsstreit der Frau.** Nebensächlich ist, in welcher Parteirolle und gegen wen (ob gegen einen Dritten oder den Mann) die Frau den Rechtsstreit führt (vgl. A 6).

6. **Kostenlast.** Ob die Kosten im Verhältnisse der Ehegatten dem Vorbehaltsgute zur Last fallen, bestimmt sich nach §§ 1415, 1416. Danach fallen dem Vorbehaltsgute nicht zur Last: a) Die Kosten eines Rechtsstreits, den die Frau gegen einen Dritten führt, wenn das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam ist (vgl. § 1400 und A 3, § 1380 A 7). b) Die Kosten eines Rechtsstreits, den die Frau gegen einen Dritten führt und der eine persönliche Angelegenheit der Frau oder eine nicht unter die Vorschriften des § 1415 Nr 1, 2 fallende Verbindlichkeit, für die das eingebrachte Gut haftet, betrifft, jedoch in beiden Fällen nur insoweit die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten ist und ohne Rücksicht darauf, ob das Urteil dem Manne gegenüber wirksam ist. Das Vorhandensein dieser Voraussetzungen hat der Mann zu beweisen.

Im Falle des **Rechtsstreits zwischen Mann und Frau** gilt folgendes:

a) **Haftung des Mannes.** Führt die Frau (als Klägerin oder Beklagte) gegen den Mann einen Rechtsstreit, so bleibt zunächst in der Schwebe, welche Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen haben wird. Wird darauf der Mann in die Kosten verurteilt, oder sonst nach Vorschrift der Prozeßgesetze Kostenschuldner, so hat eben der Mann die Kosten persönlich zu tragen. Dies hat als selbstverständlich im Gesetze keinen Ausdruck gefunden (M 4, 266). Zur Berichtigung dieser seiner persönlichen Kostenschuld darf der Mann ebensowenig das eingebrachte Gut der Frau wie deren Vorbehaltsgut angreifen. Er hat die Schuld aus eigenen Mitteln zu berichtigen, und dazu gehören auch die Nutzungen des eingebrachten Gutes der Frau. Abgesehen von diesen Fällen der persönlichen Kostenschuld des Mannes hat im Verhältnisse der Ehegatten stets die Frau die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. In der Regel wird sie auch in den vorausgesetzten Fällen die zur Tragung der Kosten verurteilte Partei sein. Die Frau muß die sie treffende Kostenschuld gleichfalls aus eigenen Mitteln berichtigen, d. h., da sie von ihrem eingebrachten Gute nichts dem Manne entziehen darf, aus ihrem Vorbehaltsgute. Die Kostenschuld der Frau ist daher eine Verbindlichkeit ihres Vorbehaltsgutes und kommt als solche bei der künftigen Ausgleichung unter den Ehegatten — wenn sie nicht vorher von der Frau getilgt wird — zur Verrechnung (§ 1416 Abs 1). Die durch den Ehemann von dem eingebrachten Gute der Frau gezogenen Nutzungen werden mit der Kostenschuld der Frau nicht belastet (M 4, 266). Solange aber ungewiß ist, ob der Mann in die Kosten verurteilt oder sonst nach Vorschrift der Prozeßgesetze Kostenschuldner werden wird, darf die Kostenschuld nicht schon als Verbindlichkeit des Vorbehaltsgutes angesehen werden. Vielmehr besteht in dieser Schwebezeit die Verpflichtung des Mannes gegenüber der Frau, die Kosten vorläufig, d. h. unbeschadet künftiger Ausgleichung zu tragen. Die Frau hat einen Anspruch darauf, daß der Mann die Kosten des Rechtsstreits, gleich als wenn er selbst den Rechtsstreit als Partei führte, trage. Er hat nicht nur die fälligen, sondern auch die nach Maßgabe der Kostengesetze vorschußweise zu zahlenden Kosten zu tragen und er ist demzufolge verpflichtet, die Frau mit angemessenen Kostenvorschüssen zu versehen. Diese Verpflichtung des Mannes folgt zwar weder aus der Unterhaltspflicht, noch aus dem ehelichen Verhältnisse (M 4, 640), insbesondere nicht aus der Pflicht des Mannes, die Frau zu schützen und zu verteidigen, sie beruht aber auf dem ehelichen Güterrechte (M 4, 125, 202, 640). Bei dem gesetzlichen Güterstande gebührt dem Manne die Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes. Mit Rücksicht darauf hat er bis zu anderweitiger Entscheidung des Rechtsstreits auch die Kosten eines jeden von der Ehefrau geführten Rechtsstreits zu tragen, zumal Rechtsstreitkosten wirtschaftlich die Natur von Verwaltungskosten zu haben pflegen (M 4, 202). Es entspricht der Billigkeit, daß der Ehemann grundsätzlich diejenigen Verbindlichkeiten der Ehefrau, die sie sonst selbst aus den Einkünften ihres Vermögens bestreiten würde, der Ehefrau gegenüber zu tragen verpflichtet ist (M 4, 199). Da diese Verpflichtung des Mannes in den durch den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung begründeten Rechten ihren Grund hat, so kommt es nicht darauf an, ob die vom Ehemann aus dem Ehegute gezogenen Nutzungen die Kosten des Rechtsstreits decken, ebensowenig darauf, ob solche Nutzungen überhaupt gezogen sind, nicht einmal darauf, ob eingebrachtes Gut vorhanden ist oder vorhanden war, zumal es nicht vorauszusehen ist, ob solches bei der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung nicht doch vorhanden sein werde. Die in § 1297 Abs 2 des 1. Entw. enthaltene Beschränkung der Verpflichtung des Mannes auf den Betrag der Nutzungen ist bei der 2. Lesung gestrichen worden, weil sonst schwierige Abrechnungen erforderlich wären und die Vorschrift nur scheinbar der Billigkeit entspreche (Reatz, 2. Lesg. S 43; Prot 6, 274). Der § 1387 Nr 1 BGB auferlegt dem Manne die Kosten des Rechtsstreits, ohne zu unterscheiden, ob die Frau den Rechtsstreit gegen einen Dritten oder gegen den Mann führt. Eine derartige Unterscheidung wäre sachlich auch nicht gerechtfertigt, da in beiden Fällen die Frau das gleiche Bedürfnis und der Mann die gleiche Rechtsstellung im Güterrechte hat. Vgl. RG 47, 72, wo insbesondere ausgeführt ist, daß der Ehemann in einem zwischen ihm und seiner Frau schwebenden Ehescheidungsprozesse durch einstweilige Verfügung zur Zahlung eines Kostenvorschusses für den Anwalt der Frau angehalten werden kann, wenn sich der Güterstand nach den Bestimmungen der §§ 1363—1425 BGB regelt. Der genannte Beschluß ist vielfach angegriffen worden (vgl. namentlich Staudinger, BGB § 1387 A 3; Gaupp-Stein, ZPO Vorbem VI vor § 606), aber er entspricht dem Gesetz und dem Rechtsbedürfnisse. Auf § 1394 kann die gegenteilige Ansicht nicht gestützt werden; denn es handelt sich nicht um einen Anspruch, den die Frau gegen den Mann aus der tatsächlich ausgeübten Verwaltung und Nutznießung ihres eingebrachten Gutes durch den Mann erworben hat, sondern um eine dem Manne aus seiner güterrechtlichen Stellung erwachsene gesetzliche Pflicht, deren Erfüllung der Natur der Sache nach nicht bis zur Beendigung der Verwaltung und Nutznießung aufgeschoben werden kann (vgl. § 1394 A 3). Daß der Gesetzgeber die Frau, die der zur Führung eines Rechtsstreits erforderlichen Mittel doch sofort bedarf, nicht mit diesem Anspruche bis nach Beendigung der

Verwaltung und Nutznießung des Mannes wird haben verweisen wollen, liegt auf der Hand. Übrigens ist die Gefahr mutwilligen Klagens erfahrungsgemäß nicht so dringend, daß es besser wäre, darum der Frau das Klagen durch Vorenthaltung sofort verfügbarer Mittel nahezu unmöglich zu machen. Vgl. RG 14. 12. 08 IV B 467/08 (Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung gegen den Mann, die Frau mit Kostenvorschuß zu versehen).

b) **Armenrecht.** Die Verpflichtung des Mannes, die Frau mit Kostenvorschuß zu versehen, besteht, auch wenn ihm das Armenrecht bewilligt ist. Beim gesetzlichen Güterstande gehört es eben zu den Pflichten des Mannes, gleichviel ob er arm oder reich ist, Vermögen der Frau verwaltet oder nicht (RG JW 01, 274, 735), die Frau mit Kostenvorschuß zu versehen, zumal sich die Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechts nicht mit dem Zustande der Zahlungsunfähigkeit decken. Besteht aber über die Mittellosigkeit des im Armenrechte streitenden Mannes sonst kein Zweifel und wäre demzufolge eine dem Manne die Zahlung eines Kostenvorschusses aufgebende, einstweilige Verfügung eine zwecklose Maßnahme, so ist deren Erlaß abzulehnen (RG JW 06, 356[17], 560[29]). Dagegen kann die Frau, wenn ihr das Armenrecht bewilligt ist, den Mann nicht noch wegen Kostenvorschusses in Anspruch nehmen, ebensowenig dann, wenn die von ihr beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung aussichtslos erscheint (RG 29. 7. 07 IV B 292/07). In solchen Fällen wird, wenn der Erlaß einer einstweiligen Verfügung in Frage steht, solche regelmäßig schon wegen des Nichtbestehens einer Notlage (§ 940 ZPO) abzulehnen sein. — Anderseits ist es unzulässig, einer Frau, die nicht im Armenrechte streitet, mit dem Hinweise darauf, daß sie das Armenrecht nachsuchen könnte und bewilligt erhalten würde, den Anspruch auf Gewährung eines Kostenvorschusses zu versagen. Das würde auf einen mittelbaren Zwang der Frau zur Nachsuchung des Armenrechts hinauslaufen. Ein derartiger Zwang ist nicht gerechtfertigt. Das Armenrecht würde der Frau nur einstweilige Befreiung von Kostenzahlungen gewähren. Durch Gewährung des Kostenvorschusses erhält sie dagegen die Möglichkeit, sich durch Tilgung der Kostenschuld Dritten gegenüber endgültig zu befreien. Auch könnte sie den Prozeßbevollmächtigten frei wählen. Überdies kann eine Frau nicht als arme Partei gelten, wenn sie das Recht hat, die zur Führung des Rechtsstreits erforderlichen Geldmittel von ihrem dazu vermögenden Ehemanne zu fordern (RG JW 06, 356[17], 560[29]).

c) **Gesamtschuldnerische Haftung der Eheleute.** Ist die Frau der Gerichtskasse gegenüber kostenvorschußpflichtig, so haftet der Mann neben der Frau als Gesamtschuldner (§§ 1387, 1388) und diese Haftung für den Kostenvorschuß bleibt nach § 90 GKG bestehen, auch wenn die Kosten des Verfahrens darauf der Frau auferlegt werden. Die Kostenvorschußpflicht des Mannes, dessen Ehe fortbesteht (z. B. wenn die Revisionen beider Teile gegen das die Scheidungsklage abweisende Urteil zurückgewiesen werden), wird dadurch nicht berührt, daß die Kosten, die der Ehefrau infolge Zurückweisung ihrer Revision endgültig auferlegt sind, sich nunmehr als solche Kosten erweisen, die dem Vorbehaltsgute der Frau zur Last fallen, mithin vom Manne nicht zu tragen sind (§§ 1387, 1388, 1416; RG 20. 7. 07 IV 313/06). Die Frage, ob eine klagende Ehefrau durch Einlegung eines Rechtsmittels der Gerichtskasse gegenüber Vorschußschuldnerin wird, hängt mit der gesetzlichen Vorschußpflicht des Ehemannes gegenüber der Ehefrau nicht zusammen und ist nach § 81 GKG im Hinblick auf die Prozeßfähigkeit der Ehefrau (§ 52 Abs 2 ZPO und § 1399 BGB) zu bejahen (RG JW 10, 157[27]).

d) **Nichtige Ehe.** Die Haftung des Ehemannes aus der Kostenvorschußpflicht fällt weg, wenn die Ehe für nichtig erklärt wird. Denn Ansprüche der Frau oder Dritter, welche nur bei Gültigkeit der Ehe bestehen können, werden von selbst hinfällig, wenn die Ehe als von Anfang an nichtig anzusehen ist (RG JW 05, 299).

7. **Verteidigungskosten** §§ 140, 141 StPO.

8. **Strafverfahren.** Dazu gehört auch ein gegen die Frau gerichtetes Privatklageverfahren (vgl. A 3).

9. Das Vorhandensein dieser Voraussetzungen hat die Frau zu beweisen.

10. Die nach § 1402 ersetzte **Zustimmung** steht der erteilten gleich.

11. **Ersatzpflicht,** § 1415 Nr 1.

§ 1388

[1])Soweit der Mann nach den §§ 1385 bis 1387 der Frau gegenüber deren Verbindlichkeiten zu tragen hat[2]), haftet[3]) er den Gläubigern neben der Frau als Gesamtschuldner[4])[5]).

E II 1287; M 4, 205; P 4, 132, 152, 159, 179, 193; 6, 275.

1. § 1388 beruht auf denselben Erwägungen wie § 1088 (Nießbrauch an einem Vermögen). Die unmittelbare **Haftung des Ehemannes gegenüber den Gläubigern** entspricht der natürlichen Auffassung und gereicht sowohl der Ehefrau als auch dem Gläubiger zum Vorteile.

2. Die **Beweislast** bestimmt sich ebenso wie im Verhältnisse des Mannes gegenüber der Frau.

3. Die Haftung trifft den Mann, gleichviel ob das eingebrachte Gut Erträgnisse abwirft oder nicht und ob eingebrachtes Gut überhaupt vorhanden ist (vgl. Vorbem vor § 1373).

4. Die **Haftung des Mannes als Gesamtschuldner** bestimmt sich nach §§ 421—425. Die Haftung des Mannes aus § 1387 Nr 2 dauert dem Gläubiger gegenüber auch nach der Verurteilung der Frau fort. — Wegen Unpfändbarkeit der Früchte des eingebrachten Gutes vgl. § 861 ZPO.

5. **Ersatzpflicht.** Anspruch auf Ersatz des Aufgewendeten hat der Mann gegen die Frau nicht, wohl aber umgekehrt die Frau gegen den Mann.

§ 1389

Der Mann hat[1]) den ehelichen Aufwand[2]) zu tragen.

Die Frau kann verlangen[3]), daß der Mann den Reinertrag[4]) des eingebrachten Gutes, soweit dieser zur Bestreitung des eigenen und des der Frau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen[5]) zu gewährenden Unterhalts erforderlich ist, ohne Rücksicht auf seine sonstigen Verpflichtungen zu diesem Zwecke verwendet[6]).

E I 1328 Nr 2 Halbs 2; II 1288 M 4, 163, 297; P 4, 132, 147, 175, 184, 193, 196; 6, 275.

1. Die **Verpflichtung des Mannes zur Tragung des ehelichen Aufwandes** entspricht seinem Rechte auf Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes. In der Überlassung dieses Gutes an den Mann zur Verwaltung und Nutznießung besteht der von der Frau zu dem ehelichen Aufwande zu leistende Beitrag. Die Verpflichtung trifft den Mann allein und ist unabhängig davon, ob eingebrachtes Gut vorhanden ist. Vgl. Vorbem vor § 1373. Wegen der Unterhaltspflicht vgl. aber auch § 1603. Wenn § 1389 Abs 1 dem im gesetzlichen Güterstande lebenden Manne die Verpflichtung auferlegt, den ehelichen Aufwand zu tragen, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß auch die Frau aus ihrem Stammvermögen hierzu Beiträge leiste. Dies kann auch so geschehen, daß sie die Verwendung ihres Vermögens zu Zwecken der Lebenshaltung stillschweigend gutheißt (RG 12. 10. 08 IV 250/08).

2. Der **Begriff des ehelichen Aufwandes** ist im BGB nicht bestimmt. Dem Wesen der Ehe als vollständiger Lebensgemeinschaft von Mann und Frau entsprechend begreift der eheliche Aufwand alle diese Lebensgemeinschaft betreffenden und ihren Zwecken dienenden Ausgaben. Der Ausdruck: „ehelicher Aufwand" ist in gleichem Sinne in §§ 1427, 1458, 1529 gebraucht. Der eheliche Aufwand umfaßt vor allem den Unterhalt beider Ehegatten und ihrer gemeinschaftlichen Abkömmlinge. Diese Unterhaltspflicht ist schon in §§ 1360, 1601 vorgeschrieben und eine Änderung der Voraussetzungen der gesetzlichen Unterhaltspflicht bezweckt der § 1389 nicht. Zufolge § 1389 Abs 1 ist der Mann auch *gegenüber der Frau* verpflichtet, den gemeinschaftlichen Abkömmlingen Unterhalt zu gewähren. Der eheliche Aufwand deckt auch die Fälle, in denen Aufwendungen für den Unterhalt der Eltern eines Ehegatten im gemeinsamen Haushalt oder für wohltätige Zwecke, oder für die den Verhältnissen der Familie entsprechenden geselligen Veranstaltungen zu machen sind (Prot 4, 194). Nicht unter den ehelichen Aufwand fallen die in §§ 1384—1387 bezeichneten, dem Manne als Ausfluß der Verwaltung und Nutznießung obliegenden Lasten, ebensowenig die Kosten der Eheschließung. Diese hat jeder Ehegatte zur Hälfte zu tragen (M 4, 163, § 320). Das Reichsgericht hat angenommen (RG 67, 1), daß der Begriff des ehelichen Aufwandes den eigenen Unterhalt sowohl der Ehegatten als der gemeinschaftlichen, mindestens der den elterlichen Haushalt teilenden Abkömmlinge mit umfasse, daß er aber damit nicht erschöpft werde.

3. **Anspruch der Frau.** Den gemeinschaftlichen Abkömmlingen steht das Recht nicht zu. Der Anspruch unterliegt der Beschränkung in § 1394 Abs 1 nicht (§ 1394 Abs 2). Wird der Anspruch verletzt, so kann die Frau auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung klagen (§ 1418 Abs 1 Nr 2).

4. **Reinertrag.** Die Kosten der Verwaltung des eingebrachten Gutes, auch die vom Manne nach §§ 1384—1387 zu tragenden Lasten sind abzuziehen.

5. Für die nicht gemeinschaftlichen Abkömmlinge der Frau kommen unter Umständen §§ 1386, 1388 in Betracht. Über den Begriff eines „gemeinschaftlichen Abkömmlings" vgl. § 1482 A 2.

6. Wegen *Unpfändbarkeit* der Früchte des eingebrachten Gutes vgl. § 861 ZPO.

§ 1390

[1])Macht der Mann zum Zwecke der Verwaltung des eingebrachten Gutes[2]) Aufwendungen[3]), die er den Umständen nach für erforderlich halten darf[4]),

so kann er von der Frau Ersatz verlangen[5]), sofern nicht die Aufwendungen ihm selbst zur Last fallen[6]).

E I 1324 Abs 1, § 595; II 1289; M 4, 285; P 4, 132, 148, 151, 159, 174, 196.

1. Kraft des in dem Verwaltungsrechte des Mannes liegenden gesetzlichen Auftrags ist der Mann berechtigt, **Ersatz** seiner Auslagen **und Befreiung** von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu verlangen, beziehungsweise sich aus den vorhandenen Geldern gemäß § 1376 Nr 1 bezahlt zu machen (M 4, 271).

2. **Zweck der Aufwendungen.** Betreffen die Aufwendungen andere Zwecke als die Verwaltung des eingebrachten Gutes, z. B. persönliche Bedürfnisse der Frau oder das Vorbehaltsgut, so sind die allgemeinen Grundsätze über den Auftrag (§ 670) und die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683) für den Ersatz maßgebend.

3. Über den Begriff der **Aufwendungen** vgl. Erläut. zu § 670.

4. Das **pflichtgemäße Ermessen** (§§ 1374, 1359) des Mannes entscheidet. Es kommt nicht, wie in § 683 darauf an, ob die Aufwendungen tatsächlich für die Frau vorteilhaft sind und ihrem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprechen.

5. **Ersatzanspruch.** Der Mann kann das Verlangen schon während der Dauer der Verwaltung und Nutznießung stellen. Er kann auch Befreiung von einer eingegangenen Verbindlichkeit verlangen (§ 257). Die Frau kann, wenn die Verbindlichkeit noch nicht fällig ist, dem Manne, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten. Für die Frage, ob Zinsen zu zahlen sind, ist § 256 zu beachten. Ein Recht auf Vorschußzahlung (§ 669) und Wegnahme einer Einrichtung (§§ 258, 1049 Abs 2) hat der Mann nicht. Ihm stehen aber die Befugnisse aus § 1376 Nr 1 und § 1379 zur Seite. Wegen der Auskunfts-, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des Mannes gelten nicht §§ 666, 667, sondern §§ 1374, 1421. Wegen der Verjährung vgl. § 204.

6. §§ 1384—1389. Abweichende Vereinbarungen sind statthaft.

§ 1391

[1])Wird durch das Verhalten[2]) des Mannes die Besorgnis[3]) begründet, daß die Rechte[4]) der Frau in einer das eingebrachte Gut erheblich gefährdenden[5]) Weise verletzt[6]) werden, so kann[7]) die Frau von dem Manne Sicherheitsleistung verlangen[8]).

Das Gleiche gilt[9]), wenn die der Frau aus der Verwaltung und Nutznießung des Mannes zustehenden Ansprüche[10]) auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen erheblich gefährdet sind[11])[12])[13]).

E I 1292, 1005 II 1290 M 4, 185, 197 P 4, 132, 145, 176, 177, 198.

1. **Zweck und Inhalt der Vorschrift.** Der § 1391 gehört zu denjenigen Bestimmungen, welche wie die §§ 1381, 1382 (Eigentumsübergang kraft Gesetzes), §§ 1389 Abs 2, 1394 Satz 2 (Verwendung des Reinertrags auf den Unterhalt), § 1392 (Hinterlegung von Inhaberpapieren), § 1394 (vorzeitige Geltendmachung von Ansprüchen) und § 1418 Abs 1 Nr 1 und 2 (Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung) die Sicherung der Frau gegen die ihr aus der Verwaltung und Nutznießung des Mannes drohenden Gefahren bezwecken. Versagt ist der Frau ein gesetzliches Recht auf Bestellung einer Hypothek an den Grundstücken des Mannes (M 4, 186, 198). Der Abs 1 ist dem § 1051, der Abs 2 dem § 1067 Abs 2 nachgebildet. Beide Absätze haben verschiedene Fälle im Auge. Soweit der Frau — gleich dem Besteller eines Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen — gegen den Mann aus seiner Verwaltung und Nutznießung Ansprüche auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen zustehen, ist ihr Sicherheitsverlangen schon dann gerechtfertigt, wenn diese Ansprüche aus irgend einem Grunde, insbesondere beim Vermögensverfalle des Mannes, tatsächlich gefährdet sind Insoweit dagegen das sonstige der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfene Frauengut, z. B. Grundstücke, bewegliche Sachen, Forderungen oder deren Ersatzstücke (§ 1381) erheblich gefährdet ist, kann sie — gleich dem eigentlichen Nießbraucher — Sicherheit nur dann verlangen, wenn diese Gefährdung auf das Verhalten des Mannes zurückzuführen ist, das nicht gerade schuldvoll zu sein braucht (**RG** 60, 182; **RG** 6. 4. 05 IV 17/05; **RG** JW 09, 165[13]; § 1375 A 4).

2. Das gesamte **Verhalten des Mannes** kommt in Betracht. Nicht erforderlich ist, daß das Verhalten des Mannes auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit (§ 276) beruht. Vgl. A 1. Ein auf den Mangel an Geschick und Umsicht zurückzuführendes Verhalten kann genügen. Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (§ 1359) gibt nicht den Maßstab ab. Das (ursächliche) Verhalten des Mannes kann in Handlungen oder Unterlassungen bestehen. Daß diese gerade die Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes be-

treffen müßten, wird nicht verlangt. So kann der § 1391 gegeben sein, wenn z. B. ein Ehemann als Vormund Mündelgelder unterschlägt. Nach RG 57, 162 kommt es darauf an, ob die Handlungsweise des Mannes seinen Charakter in einem Lichte erscheinen läßt, daß die Besorgnis gerechtfertigt ist, er werde (auch künftig) die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Gut erheblich gefährdenden Weise verletzen. Anderseits dürfen dem Manne Unglücksfälle, die ihn ohne sein Zutun treffen, nicht als sein Verhalten zugerechnet werden. Darunter können Zahlungsunfähigkeit, Vermögensverfall, Erwerbsunfähigkeit des Mannes fallen. — Auch Vorgänge, die vor dem 1. 1. 00 liegen, kommen in Betracht. Hatte der Mann durch eine Hypothekenanlage vor dem 1. 1. 00 die Verwaltung fahrlässig geführt und seit dem 1. 1. 00 den hierdurch verschuldeten Vermögensverlust der Ehefrau durch lügnerische Behauptungen zu verheimlichen versucht, so kann dieses Gesamtverhalten dem § 1391 unterstellt werden (RG 2. 4. 06 IV 434/05).

3. Die **Besorgnis** einer Rechtsverletzung genügt. Ist die Rechtsverletzung bereits eingetreten und die Besorgnis weiterer Rechtsverletzungen begründet, so erwächst der Frau auch noch das Klagerecht aus § 1394. Zur Begründung der Besorgnis reichen der Vermögensverfall des Mannes und die schlechte Verwaltung seines eigenen Vermögens nicht aus (RG 6. 4. 05 IV 17/05).

4. **Rechte der Frau** ergeben sich aus § 1374 (ordnungsmäßige Verwaltung und Auskunftserteilung), §§ 1375, 1377 (Verfügungen über eingebrachtes Gut, mündelsichere Anlegung des Geldes), § 1378 (Grundstücksverwaltung), §§ 1381, 1382 (Eigentumsübergang kraft Gesetzes), §§ 1384—1387 (Lasten), § 1389 (ehelicher Aufwand.)

5. Ob eine **erhebliche Gefährdung** des eingebrachten Gutes vorliegt, ist Tatfrage. Erhebliche Gefährdung liegt z. B. nicht vor, wenn der Ehemann Sachen, deren Wert im Verhältnisse zum Gesamtwerte des eingebrachten Gutes gering ist, ohne die erforderliche Zustimmung der Frau veräußert oder wenn er einen verhältnismäßig geringen Betrag des zum eingebrachten Gute gehörenden Geldes in seinen Nutzen verwendet (Prot 4, 177).

6. Schuldbare Verletzung wird nicht vorausgesetzt (vgl. Anm 2).

7. **Zeit des Verlangens.** Das Verlangen kann schon während der Verwaltung und Nutznießung gestellt werden (Klage, Arrest, einstweilige Verfügung).

8. **Sicherheitsleistung** §§ 232—240. Rechtsirrig ist es, eine erhebliche Gefährdung schon in dem Umstande zu erblicken, daß die vom Manne der Frau zur Sicherheit bereits früher freiwillig eingeräumte Hypothek an seinem Grundbesitze den Anforderungen der Mündelmäßigkeit nicht genüge. Denn der Ehefrau steht grundsätzlich und von vornherein überhaupt keinerlei Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen den Mann zu. Nur wenn die besonderen Voraussetzungen des § 1391 gegeben sind, kommt ein solcher Anspruch, dann allerdings mit dem vollen Inhalte der §§ 232 ff. zur Entstehung, RG 60, 182. Die Sicherheitsleistung kann nicht nur durch einstweilige Verfügung, sondern auch durch dinglichen Arrest verlangt werden (RG Gruch 46, 655). Die Kosten der Sicherheitsleistung hat der Mann zu tragen. Unter den Voraussetzungen des § 1391 Abs 1 steht der Frau auch die Klage auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung zu (§ 1418 Abs 1 Nr 1). Das Recht aus § 1052 (gerichtliche Verwaltung) hat die Frau nicht. — Eine Ehefrau, die berechtigt ist, Sicherheitsleistung zu verlangen, kann das Zurückbehaltungsrecht (§ 274 Abs 1) geltend machen, wenn ihr durch nichtiges Rechtsgeschäft das Eingebrachte zurückerstattet ist (RG JW 09, 165[13]).

9. Die Frau kann von dem Manne Sicherheitsleistung verlangen, wenn die **Voraussetzungen des Abs 2** vorliegen. Liegen sie vor, so kommt es auf die Voraussetzungen des Abs 1 nicht an. Die Ursache der Gefährdung (Verhalten des Mannes, Unglücksfälle) ist gleichgültig. Umstände aller Art kommen in Betracht. § 1391 Abs 2 entspricht dem § 1067 Abs 2 (Nießbrauch). Unter den Voraussetzungen des § 1391 Abs 2 steht der Frau auch die Klage auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung zu (§ 1418 Abs 1 Nr 1). Das Recht aus § 1052 (gerichtliche Verwaltung) hat die Frau nicht. — Bei Anwendung des § 1391 Abs 2 kommt es auf ein ursächliches Verhalten des Mannes nicht an (RG JW 09, 497[20]).

10. Solche **Ersatzansprüche** der Frau ergeben sich aus § 1377 Abs 3, können aber auch entstehen, wenn der Mann dem § 1377 Abs 2 (mündelsichere Anlegung des Geldes) zuwiderhandelt, RGJW, 07, 179[19]. Nicht nur die entstandenen, sondern auch die künftig entstehenden Ersatzansprüche sollen gesichert werden (Prot 4, 200; M 4, 185).

11. Ob eine **erhebliche Gefährdung** der Ersatzansprüche vorliegt, ist Tatfrage (vgl. Anm 5).

12. **Anfechtung.** Geschäfte, die der Mann zum Zwecke der Sicherstellung oder Rückgewähr des Eingebrachten der Frau vornimmt, können unter Umständen von den Gläubigern des Mannes angefochten werden, insbesondere auf Grund der §§ 31 Nr 2, 32 Nr 1 KO (RG JW 01, 385), § 3 Nr 2 AnfG (RG 57, 161, JW 06, 390[16]). Eine Frau, die nach § 1391 Abs 1 Anspruch auf Sicherheitsleistung hat, kann diese nicht in der Form der Übereignung eines dem Ehemanne gehörigen Grundstücks verlangen (vgl. § 232). In einer solchen Über-

eignung liegt, vorausgesetzt, daß ihr kein sonstiger Anspruch auf Befriedigung wegen ihrer Ersatzforderung mittels Übereignung des Grundstücks zur Seite steht, die Gewährung einer ihr nicht zukommenden Deckung vor, die geeignet ist, die Annahme der Anfechtbarkeit nach § 3 Nr 2 des AnfG zu begründen (RG 20. 3. 06 VII 317/05). Der § 1391 steht der Anfechtung von Forderungsabtretungen (nach § 3 Nr 1 AnfG) nicht entgegen, die der Ehemann bei Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft zur Deckung des Anspruchs der Ehefrau auf Rückerstattung ihres Vermögens vorgenommen hat (RG 29. 6. 06 VII 478/05). Wegen Anfechtbarkeit einer Pfändung, die auf Grund einer Urkunde erfolgt, in der sich der Ehemann der Zwangsvollstreckung wegen des Eingebrachten der Frau unterwirft, obwohl der letzteren ein Anspruch auf Rückforderung des Eingebrachten nicht zustand, vgl. RG Gruch 50, 1140. Wegen Anfechtung der Änderung des Güterstandes (Fahrnisgemeinschaft in Gütertrennung) vgl. RG 57, 81.

13. **Beweislast.** Die Frau hat das Vorhandensein des für den Anspruch auf Sicherstellung erforderten Tatbestandes zu beweisen.

§ 1392

[1])Liegen die Voraussetzungen[2]) vor, unter denen der Mann zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, so kann die Frau auch verlangen[3]), daß der Mann die zum eingebrachten Gute gehörenden Inhaberpapiere nebst den Erneuerungsscheinen bei einer Hinterlegungsstelle oder[4]) bei der Reichsbank[5]) mit der Bestimmung hinterlegt[6]), daß die Herausgabe von dem Manne[7]) nur mit Zustimmung[8]) der Frau verlangt werden kann. Die Hinterlegung von Inhaberpapieren, die nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen gehören[9]), sowie von Zins=, Renten= oder Gewinnanteilscheinen kann nicht verlangt werden. Den Inhaberpapieren stehen Orderpapiere gleich, die mit Blankoindossament versehen sind.

Über die hinterlegten Papiere kann der Mann auch eine Verfügung, zu der er nach § 1376 berechtigt ist, nur mit Zustimmung der Frau treffen.

E I 1292, 1036 II 1291 M 4, 191 P 4, 133, 145, 178, 196; 5, 108; 6, 322.

1. **Zweck der Vorschrift.** Der § 1392 bezweckt die Sicherung der Frau gegen die ihr aus der Verwaltung und Nutznießung des Mannes drohenden Gefahren (vgl. § 1391 A 1). Er entspricht dem § 1082 (Nießbrauch), jedoch mit einer wesentlichen Einschränkung (vgl. Anm 2).
2. Sei es, daß die Voraussetzungen des Abs 1 oder die des Abs 2 des § 1391 vorliegen. Abweichung von § 1082. Ebenso § 1394; vgl. das. Anm 6.
3. Das **Verlangen** kann schon während der Verwaltung und Nutznießung gestellt werden. Die Frau hat nicht nur das Recht auf Sicherheitsleistung, sondern **auch** das Recht auf Hinterlegung. Sie kann beide Rechte nebeneinander ausüben, z. B. wenn außer den Inhaberpapieren noch anderes eingebrachtes Gut gefährdet ist.
4. Nach Wahl des Mannes (Prot 4, 178; § 1082 S 2).
5. Vgl. § 1814 (Inhaberpapiere des Mündels), Art 144, 145 EG (Landesgesetze).
6. Die **Hinterlegung** kann der Mann nach § 1393 abwenden.
7. Da das Verlangen der **Herausgabe** von dem Manne ausgehen muß, gebührt ihm auch der Besitz des Hinterlegungsscheines (vgl. auch § 1373). Die Kosten der Hinterlegung hat der Mann zu tragen.
8. Der erteilten **Zustimmung** (§§ 182, 183) steht die ersetzte (§ 1379) gleich.
9. Z. B. Banknoten (§ 92 Abs 1).

§ 1393

Der Mann kann die Inhaberpapiere, statt sie nach § 1392 zu hinterlegen, auf den Namen der Frau umschreiben oder, wenn sie von dem Reiche oder einem Bundesstaat ausgestellt sind, in Buchforderungen gegen das Reich oder den Bundesstaat umwandeln lassen[1]).

E II 1292 P 4, 178, 196; 6, 275.

1. Die Befugnis des Mannes bezieht sich nur auf solche Papiere, deren **Umschreibung** und **Umwandlung** an sich zulässig ist. Vgl. § 806, Art 101 EinfG (Umschreibung), § 232 BGB und Art 50, 97 EinfG. Der Besitz des umgeschriebenen Papiers gebührt dem Manne (§ 1373). Die Kosten der Umschreibung und Umwandlung hat der Mann zu tragen.

§ 1394

[1])**Die Frau kann Ansprüche**[2]**), die ihr auf Grund der Verwaltung und Nutznießung gegen den Mann zustehen, erst nach**[3]**) der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung gerichtlich geltend machen**[4]**), es sei denn**[5]**), daß die Voraussetzungen**[6]**) vorliegen, unter denen die Frau nach § 1391 Sicherheitsleistung verlangen kann. Der im § 1389 Abs 2 bestimmte Anspruch unterliegt dieser Beschränkung nicht**[7]**).**

E I 1292, 1004, 1324 Abs 2 II 1293 Abs 1 M 4, 184 P 4, 133, 148, 152, 176, 177, 180, 201—203.

1. Der § 1394 bezieht sich nur auf **Ansprüche aus der Verwaltung und Nutznießung,** nicht auf Ansprüche andern Ursprungs. Andere Ansprüche, z. B. ein dem Manne aus Mitteln des Vorbehaltsguts gewährtes Darlehen können die Ehegatten gegeneinander jederzeit geltend machen. Der § 1394 bezieht sich ferner nur auf Ansprüche der Frau, nicht auf Ansprüche des Mannes. Der Mann ist in der Lage, sich aus dem Gelde der Frau oder durch Veräußerung anderer verbrauchbarer Sachen der Frau unmittelbar zu befriedigen (§ 1376 Nr 1 und 3, § 1377 Abs 3, § 181). Er kann aber Ansprüche aus der Verwaltung und Nutznießung auch schon vor deren Beendigung gerichtlich geltend machen. Die Frau dagegen darf — damit der Verwaltung des Mannes die erforderliche Selbständigkeit gewahrt bleibt — nur ausnahmsweise, nämlich wenn ernstliche Rücksichten auf die Rechte der Frau es erfordern (nicht schon bei jeder Meinungsverschiedenheit der Eheleute), schon vor Beendigung der Verwaltung und Nutznießung den Klageweg beschreiten.

2. Ansprüche auf Grund der Verwaltung und Nutznießung können der **Frau** gegen den Mann auf Grund der Bestimmungen über die Verwaltung und Nutznießung erwachsen, insbesondere infolge Verletzung ihrer Rechte (§ 1391 A 4) durch den Mann. — Der Anspruch der Frau auf Rückforderung des Eingebrachten gehört nicht zu den in § 1394 erwähnten, der Frau auf Grund der Verwaltung und Nutznießung gegen den Mann zustehenden Ansprüchen (**RG** 19. 12. 05 VII 143/05).

3. Die Ersatzansprüche der Frau aus § 1417 müssen (ebenso wie die des Mannes) naturgemäß schon während der Verwaltung und Nutznießung geltend gemacht werden können (vgl. § 1417 Anm 1). Gleiches gilt von dem Anspruch auf Mitwirkung bei der Bestandsaufnahme (§ 1372 A 2), dem Anspruche der Frau auf Kostenvorschuß (§ 1387 A 6) und auf Sicherheitsleistung bezw. Hinterlegung (§§ 1391—1393), sowie von dem Anspruche der Frau aus § 1389 Abs 2. Wegen des Anspruchs der Frau auf Ersatz anderer verbrauchbarer Sachen als Geld vgl. § 1377 A 9.

4. Die **gerichtliche Geltendmachung** ist hier in demselben Sinne wie im § 1380 zu verstehen (vgl. § 1380 A 4, 5). Der außergerichtlichen Aufrechnung (§§ 387, 388) steht § 1394 nicht im Wege (§§ 1398, 1406 Nr 3). Sie begründet dem Manne gegenüber eine Einrede.

5. Beweislast. Die Frau hat das Vorhandensein der erforderten Voraussetzungen zu beweisen.

6. Sei es, daß die Voraussetzungen des Abs 1 oder die des Abs 2 des § 1391 vorliegen. Ebenso § 1392. Vgl. das. A 2.

7. Gläubiger der Frau, die Befriedigung aus dem eingebrachten Gute verlangen können, können ihre Ansprüche unbeschränkt vor Beendigung der Verwaltung und Nutznießung geltend machen (§ 1411).

§ 1395

[1])**Die Frau bedarf zur Verfügung**[2]**) über eingebrachtes Gut der Einwilligung**[3]**) des Mannes**[4]**)**[5]**).**

E I 1300 S 1 II 1294 M 4, 219 ff, P 4, 133, 146, 153, 160, 162, 180, 196.

1. Die §§ 1395—1407 beschäftigen sich mit dem **Rechte der Frau, über eingebrachtes Gut zu verfügen.** Sie zeigen die Kehrseite der Verfügungsmacht des Mannes (§§ 1373—1394). § 1395 bringt den obersten Grundsatz zum Ausdruck, daß die Frau in der Verfügung über eingebrachtes Gut durch die Notwendigkeit der Zustimmung des Mannes beschränkt ist. In der Geschäftsfähigkeit ist die Frau grundsätzlich weder durch die Ehe noch durch das gesetzliche eheliche Güterrecht beschränkt, aber die dem Ehemann auf Grund der Verwaltung und Nutznießung zustehenden Rechte bedürfen sowohl gegenüber der Frau als auch gegenüber Dritten (§ 1404) eines besonderen Schutzes und diesem Bedürfnisse ist dadurch Rechnung getragen worden, daß das Verfügungsrecht der Ehefrau in Ansehung des eingebrachten Gutes gewissen Beschränkungen unterworfen worden ist (**RG** 54, 46; 58, 38). Nicht die allgemeine Geschäftsfähigkeit der Frau, sondern nur ihre Rechts-

stellung zu dem eingebrachten Gute wird durch die §§ 1395—1407 begrenzt. Als Vorbild für das beschränkte Verfügungsrecht der Frau haben die Vorschriften über beschränkte Geschäftsfähigkeit Minderjähriger (§§ 107—109, 111) gedient, jedoch mit Beachtung des Unterschieds, daß die Beschränkung bei einem Minderjährigen in seiner Person, bei der Ehefrau aber lediglich in den Rechten des Mannes begründet ist. § 1395 lehnt sich auch an § 1071 (Nießbrauch an Rechten) an.

2. **Verfügung** ist ein Rechtsgeschäft, das auf ein bestehendes Recht durch Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung unmittelbar einwirkt (z. B. Schenkung, Abtretung, Verpfändung, Vermischung, Verarbeitung, Mahnung, Stundung, Kündigung (§ 1398 A 6), Einziehung, Aufrechnung, Erlaß, Erfüllung und Annahme der Erfüllung, nicht aber Kauf, Tausch, Miete, Pacht (RG 58, 37, § 1396 A 3). Die Verfügung kann durch einseitiges Rechtsgeschäft (§ 1398) oder durch Vertrag (§ 1396) erfolgen. In keiner Art darf die Ehefrau ohne Zustimmung des Mannes über eingebrachtes Gut unter Lebenden verfügen. Der I. Entwurf und die Begründung (4, 226, 228) bezeichnen die Verfügungen durch einseitiges Rechtsgeschäft und durch Vertrag (zusammengefaßt im § 1300 Entw. I) als dingliche Rechtsgeschäfte im Gegensatze zu den (obligatorischen) Rechtsgeschäften, durch die sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet. — Ein Rechtsgeschäft, das nur die Verpflichtung zur Vornahme einer Verfügung begründet (z. B. Schenkungsversprechen, Auslobung, Mietvertrag, RG St 35, 204, 403) ist keine Verfügung und fällt unter § 1399 (vgl. § 1375 A 4). — Das BGB unterscheidet zwischen der unmittelbaren Verfügung über eine Sache oder ein Recht und der nur vorbereitenden Verpflichtung zur Verfügung über solche Gegenstände (RG 49, 416).

3. Die **Einwilligung** (vorherige Zustimmung, § 183) des Ehemannes stellt sich als ein einseitiges, empfangsbedürftiges, zu dem Rechtsgeschäfte der Frau hinzutretendes Rechtsgeschäft dar, woraus folgt, daß der Mann aus dem Rechtsgeschäfte der Frau persönlich nicht haftet. Der Mann ermöglicht durch seine Einwilligung nur den Übergang des Rechtes der Frau auf den Dritten, wird aber dadurch diesem gegenüber nicht selbst Vertragschließender. Die Einwilligung des Mannes begründet nicht die persönliche Haftung des Mannes für die der Frau aus dem Rechtsgeschäft erwachsenden Schuld. Die Einwilligung kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen und bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft der Frau vorgeschriebenen Form. Sie ist nach Maßgabe des § 183 widerruflich.

4. **Ausnahmen.** Nur in den Fällen des § 1401 ist die Zustimmung des Mannes nicht erforderlich. Fernere Ausnahmen in § 9 Ges. v. 31. 5. 91 über das Reichsschuldbuch (Art 50 EG) und hinsichtlich des Staatsschuldbuchs Art 97 EG. Verfügungen von Todes wegen (§§ 1937, 1941) fallen nicht unter § 1395. Ein Rechtsgeschäft, durch das die Frau lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (z. B. Annahme einer reinen Schenkung), kann die Frau ohne Einwilligung des Mannes wirksam abschließen. Der Erwerb aus einem solchen Rechtsgeschäft fällt dem eingebrachten Gute (§ 1363 Abs 2) zu. Wegen der Rechtsgeschäfte, durch die sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet, vgl. § 1399.

5. **Übergangsrecht.** Nach Art 200 Abs 1 EG bleiben für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze maßgebend und nach Abs 3 daselbst bleibt, soweit die Ehefrau nach den für den bisherigen Güterstand maßgebenden Gesetzen infolge des Güterstandes oder der Ehe in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, diese Beschränkung in Kraft, solange der bisherige Güterstand besteht.

§ 1396

[1])Verfügt[2]) die Frau durch Vertrag[3]) ohne[4]) Einwilligung[5]) des Mannes über eingebrachtes Gut, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung[6]) des Mannes ab[7]).

Fordert der andere Teil den Mann zur Erklärung über die Genehmigung auf[8]), so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung der Frau gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam[9]). Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

Verweigert der Mann die Genehmigung, so wird der Vertrag nicht dadurch wirksam, daß die Verwaltung und Nutznießung aufhört[10]).

E I 1300 S 2 u 3 II 1295 M 4, 226 P 4, 133, 146, 153, 160, 162, 180, 196, 257; 6, 276, 392.

1. Der § 1396 ist dem § 108 (Vertragschließung des Minderjährigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters) nachgebildet (RG 54, 46).

2. **Verfügung.** Vgl. § 1395 A 2.

3. Der Natur der Sache entsprechend können hier nur **Verträge** unter Lebenden, nicht Verträge von Todes wegen, nur vermögensrechtliche, nicht familienrechtliche Verträge in Betracht kommen. Die Frau verfügt über eingebrachtes Gut durch Vertrag, wenn sie z. B. mit Mitteln des eingebrachten Gutes ein Darlehn gewährt, dagegen nicht, wenn sie Gegenstände des eingebrachten Gutes z. B. verkauft, vermietet oder verpachtet. Kauf-, Miet- und Pachtverträge begründen nur mittelbar die Verpflichtung zur Vornahme von Verfügungen, z. B. zur Übergabe, und fallen daher unter § 1399. Demzufolge hat RG 58, 36 die Klage auf Einräumung des Pachtbesitzes auf Grund eines von der Frau ohne Genehmigung des Mannes geschlossenen Pachtvertrags gegen die Erben der Frau für begründet erachtet, weil sich die Frau durch den Pachtvertrag zu einer Leistung (§ 1399 Abs 1), nämlich zur Gewährung des Pachtbesitzes verpflichtet hatte und der Mann, der freilich die Besitzübertragung nicht zu dulden brauchte, nach dem Tode der Frau ebenfalls gestorben war und mit seinem Tode seine Rechte an dem eingebrachten Gute erloschen waren.

4. Mit Einwilligung des Mannes geschlossene Verträge der Frau über eingebrachtes Gut sind von Anfang an wirksam, gleichviel ob der Mann die Einwilligung der Frau oder dem Dritten gegenüber erklärt hat.

5. **Einwilligung** ist die vor dem Vertragsabschluß erteilte Zustimmung (§ 183) und ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Vgl. im übrigen § 1395 Anm 3.

6. **Genehmigung** bedeutet die nach dem Vertragsabschluß erteilte Zustimmung (§ 184) und ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Wie die Einwilligung kann auch die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend geschehen und bedarf nicht der für den Vertrag der Frau vorgeschriebenen Form. Anders als die Einwilligung ist die Genehmigung unwiderruflich.

7. **Erteilt** der Mann die Genehmigung, so gilt der Vertrag als von Anfang an wirksam. Wegen der Wirksamkeit der inzwischen getroffenen Verfügungen gilt § 184 Abs 2. **Verweigert** der Mann die Genehmigung, so gilt der Vertrag als von Anfang an unwirksam und bleibt unwirksam, auch wenn Verwaltung und Nutznießung später aufhören. Erteilung und Verweigerung der Genehmigung sind, gleichviel ob sie der Frau oder dem Dritten gegenüber erklärt werden, wirksam und unwiderruflich und von derjenigen Partei zu beweisen, die sich darauf beruft. Unwirksam werden sie, wenn die im § 1396 Abs 2 bezeichnete Aufforderung des Dritten ergeht. Vgl. darüber Anm. 9. Solange die Genehmigung des Vertrags weder erteilt noch verweigert ist, ist der Vertrag unwirksam und zwar sowohl dem Manne als auch jedem Dritten gegenüber, als auch zugunsten der Ehefrau. Letztere ist während des Schwebezustandes dem Dritten gegenüber nicht verpflichtet, doch darf sie dem Ehemanne gegenüber die für das eingebrachte Gut durch den Vertrag begründete Rechtsstellung nicht ohne Einwilligung des Mannes aufgeben. Verfügt die Frau durch Vertrag ohne Einwilligung des Mannes über das Eigentum an beweglichen zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen, so wird trotz deren Übergabe das Eigentum nicht vor der Genehmigung des Mannes auf den Dritten übertragen und diesem steht vorher auch nicht die Klage auf Herausgabe gegen den Besitzer (§ 985) zu (RG 54, 46).

8. Die **Aufforderung** ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft und an eine Form nicht gebunden.

9. **Der andere Teil** kann wählen, ob er sich auf die der Frau gegenüber erklärte Genehmigung, beziehungsweise Verweigerung der Genehmigung berufen oder davon absehen und den Mann auffordern will, ihm, dem Dritten, gegenüber die Genehmigung beziehungsweise Verweigerung der Genehmigung zu erklären. Fordert er den Mann zur Erklärung auf, so wird es so angesehen, als verzichte er auf Geltendmachung der früheren Erklärung des Mannes und wolle es nur noch auf die erforderte Erklärung ankommen lassen.

10. Mit dem **Aufhören der Verwaltung und Nutznießung** wird der Vertrag, ohne daß es noch einer Genehmigung der (jetzt durch die Verwaltung des Mannes nicht mehr beschränkten) Ehefrau bedarf, wirksam, vorausgesetzt, daß er nicht vorher durch die Verweigerung der Genehmigung seitens des Ehemannes endgültig beseitigt ist, M 4, 227.

§ 1397

Bis zur Genehmigung des Vertrags ist der andere Teil zum Widerrufe [1]) berechtigt. Der Widerruf kann auch der Frau gegenüber erklärt werden.

Hat der andere Teil gewußt [2]), daß die Frau Ehefrau ist, so kann er nur widerrufen, wenn die Frau der Wahrheit zuwider [3]) die Einwilligung des Mannes behauptet hat [4]); er kann auch in diesem Falle nicht widerrufen, wenn

ihm das Fehlen der Einwilligung bei dem Abschlusse des Vertrags bekannt war[5]).

E I 1300 S 2 u 3 II, 1296 M 4, 226 P 4 133, 146, 153, 160, 162, 180, 196, 257; 6, 276, 392.

1. Der **Widerruf** ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft und an eine Form nicht gebunden. Über den Zeitpunkt, in welchem Genehmigung und Widerruf unter Abwesenden wirksam werden, vgl. § 130. Die Rechtzeitigkeit des Widerrufs hat der Widerrufende zu beweisen.

2. Das **Wissen** hat die Gegenpartei des Widerrufenden zu beweisen.

3. **Der Wahrheit zuwider.** Das tatsächliche Fehlen der Einwilligung genügt. Nicht verlangt wird bewußt wahrheitswidriges Behaupten der Einwilligung.

4. Das **Behaupten der Einwilligung** hat der Widerrufende zu beweisen. Dagegen braucht er nicht die Wahrheitswidrigkeit, sondern sein Gegner hat die Wahrheit der Behauptung zu beweisen.

5. Die **Kenntnis** des Widerrufenden hat sein Gegner zu beweisen.

§ 1398

Ein einseitiges Rechtsgeschäft[1]), durch das die Frau ohne[2]) Einwilligung[3]) des Mannes über eingebrachtes Gut verfügt[4]), ist unwirksam[5])[6]).

E I 1300 S 1 II 1297 M 4, 226 P 4, 133, 146, 153, 160, 162, 180, 196.

1. Ob das **einseitige Rechtsgeschäft** ein empfangsbedürftiges ist (z. B. Mahnung, Stundung, Kündigung, Anfechtung, Aufrechnung, Vollmacht, Zustimmung, Widerruf, Rücktritt, Verzicht auf eine Hypothek, § 1168) oder ein nicht empfangsbedürftiges (z. B. Aneignung § 956, Preisgabe § 959), macht keinen Unterschied.

2. Das mit Einwilligung des Mannes vorgenommene Rechtsgeschäft, durch das die Frau über eingebrachtes Gut verfügt, ist von Anfang an wirksam, gleichviel ob der Mann die Einwilligung der Frau oder dem Dritten gegenüber erklärt hat.

3. **Einwilligung.** Vgl. § 1395 Anm 3.

4. Über den Begriff der **Verfügung** vgl. § 1395 A 2.

5. Die **Unwirksamkeit** tritt in dem Zeitpunkt ein, in welchem die Verfügung der Frau wirksam sein würde, wenn die Einwilligung des Mannes erteilt wäre. Bis zu diesem Zeitpunkte muß die Einwilligung erteilt sein. Eine später erteilte Genehmigung kann das wegen mangelnder Einwilligung unwirksame Rechtsgeschäft nicht zu einem wirksamen machen, doch kann in der nachträglichen Genehmigung eine erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts (Bestätigung) liegen. Die Unwirksamkeit tritt nicht nur dem Manne und dem Dritten, sondern auch der Frau gegenüber ein.

6. **Zurückweisung des Rechtsgeschäfts.** Nimmt die Frau das einseitige Rechtsgeschäft zwar mit Einwilligung des Mannes vor, legt aber die Einwilligung nicht in schriftlicher Form vor, so ist das Rechtsgeschäft, wenn der andere aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist, dennoch unwirksam. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Mann den andern von der Einwilligung in Kenntnis gesetzt hatte, § 182 Abs 3 in Verbindung mit § 111 S 2 und 3 (Prot 4, 196). Das Recht der Zurückweisung ist nicht davon abhängig, daß die Frau bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts die Erklärung, sie handele mit Einwilligung des Mannes, abgibt, ebensowenig davon, daß der andere weiß, die Frau sei verheiratet. Hat der andere Zweifel, ob dem Erfordernisse der Einwilligung des Mannes genügt sei, so darf er die Frau nicht im Ungewissen darüber lassen, ob er das Rechtsgeschäft als wirksam anerkenne, vielmehr muß er der Frau durch Zurückweisung des Rechtsgeschäfts wegen Fehlens schriftlicher Einwilligung Gelegenheit geben, das Rechtsgeschäft alsbald wirksam vorzunehmen. Daher ist es unrichtig, wenn ein Schuldner das Kündigungsschreiben einer Frau, von der er annimmt, daß sie eine Ehefrau sei, deshalb glaubt unbeachtet lassen zu dürfen, weil es nichts davon enthält, daß die Frau mit Einwilligung des Mannes handele (**RG** 50, 212).

§ 1399

[1])Zu Rechtsgeschäften[2]), durch die sich die Frau zu einer Leistung[3]) verpflichtet, ist die Zustimmung des Mannes nicht erforderlich[4]).

Stimmt der Mann einem solchen Rechtsgeschäfte zu[5]), so ist es in Ansehung des eingebrachten Gutes ihm gegenüber wirksam[6]). Stimmt er nicht zu[7]), so muß er das Rechtsgeschäft, soweit[8]) das eingebrachte Gut bereichert wird, nach

den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gegen sich gelten lassen.

E I 1301, 1312 Nr 1 II 1298 M 4, 299, 252 P 4, 133, 146, 153, 160, 162, 181, 197, 256.

1. Während die §§ 1395—1398 Verfügungen der Frau über eingebrachtes Gut betreffen, handelt es sich im § 1399 um **Verpflichtungen, die die Frau eingeht.** Jene wirken unmittelbar auf das eingebrachte Gut ein, diese können mittelbar auf dasselbe einwirken. Vgl. § 1395 Anm 2. Zu jenen ist die Zustimmung des Mannes erforderlich, zu diesen nicht. Diese verschiedene Behandlung hat ihren Grund darin, daß die Ehefrau weder als solche noch kraft des ehelichen Güterrechts in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist und das Bedürfnis, die Rechte des Ehemannes an dem eingebrachten Gute zu schützen, nur dahin führt, das Verfügungsrecht der Frau in Ansehung dieses Gutes zu beschränken (vgl. § 1395 A 1) und die Haftung des Mannes aus Verpflichtungsgeschäften der Frau auf den Betrag der Bereicherung zu begrenzen.

2. Die hier gemeinten, nicht eine Verfügung über eingebrachtes Gut, sondern eine Verpflichtung enthaltenden **Rechtsgeschäfte** können einseitige oder zweiseitige sein. Es ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß ein Rechtsgeschäft sowohl eine Verfügung enthält, als auch eine Verpflichtung begründet, z. B. Versprechen der Schenkung einer eingebrachten Forderung in Verbindung mit deren Abtretung. Dann ist die Abtretung nach § 1398 unwirksam, das Schenkungsversprechen aber nach § 1399 wirksam. § 1399 ist auch dann anwendbar, wenn das Rechtsgeschäft zwar keine Verfügung über eingebrachtes Gut enthält, wohl aber eine Verpflichtung zur Vornahme einer solchen Verfügung begründet (§ 1395 A 2).

3. **Vermögensrechtliche Leistungen** jeder Art kommen in Betracht (z. B. Verpflichtung zur Hergabe oder Annahme eines Darlehns, Versprechen einer Schenkung, Übernahme einer Bürgschaft, Schuldversprechen, Verwahrung). Vgl. § 1396 A 3. Ist die Leistung von der Frau in Person zu bewirken (z. B. Dienste), so steht dem Manne nach Maßgabe des § 1358 ein Kündigungsrecht zu.

4. **Entbehrlichkeit der Zustimmung.** Durch solche Rechtsgeschäfte wird die Frau ohne Rücksicht darauf, ob die Einwilligung, beziehungsweise Genehmigung des Mannes erteilt ist oder nicht, verpflichtet (RG 58, 36).

5. **Zustimmung** §§ 182–184.

6. Die **Wirksamkeit** des Rechtsgeschäfts hat zur Folge, daß der Gläubiger der Frau ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznießung des Mannes Befriedigung aus dem eingebrachten Gute verlangen kann (§§ 1410, 1412).

7. Auf den **Mangel der Zustimmung** kann sich nur der Mann, nicht die Frau oder der Dritte berufen, denn die im § 1399 gemeinten Rechtsgeschäfte sind (anders wie die in den §§ 1395—1398 gemeinten) grundsätzlich wirksam und in ihrer Wirksamkeit nur zum Schutze der Rechte des Mannes beschränkt. Demzufolge muß auch eine Frau, die ohne Zustimmung des Mannes einen Mietvertrag abschließt, das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters an ihren in die Wohnung eingebrachten Sachen gegen sich gelten lassen, während der Mann dazu nur im Falle der Zustimmung verpflichtet ist (RGSt 35, 202, 402). — Ergeben die Umstände, daß ein Rechtsgeschäft unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Voraussetzung der Zustimmung des Ehemannes vorgenommen worden ist, so sind die Regeln über bedingte Rechtsgeschäfte anwendbar (M 4, 229; Prot 4, 180).

8. Die **Haftung des Mannes** aus dem Rechtsgeschäfte der Frau beschränkt sich auf Herausgabe der Bereicherung (§§ 812 ff.). Insoweit muß er das Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen.

§ 1400

[1])Führt die Frau einen Rechtsstreit [2]) ohne [3]) Zustimmung [4]) des Mannes, so ist das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes unwirksam [5]).

Ein zum eingebrachten Gute gehörendes Recht [6]) kann die Frau im Wege der Klage [7]) nur mit Zustimmung des Mannes geltend machen.

E I 1302, 1303 II 1299 M 4, 230 ff. P 4, 133, 146, 153, 160, 162, 181, 198; 6, 277.

1. **Zweck der Vorschrift.** Die Führung eines Rechtsstreits — gleichviel in welcher Parteirolle — ist als eine zur Erhaltung des eingebrachten Gutes dienende Verwaltungshandlung, nicht als eine Verfügung über eingebrachtes Gut anzusehen. § 1395 würde daher der Frau nicht entgegenstehen. Da aber die Führung eines Rechtsstreits wegen der Grundsätze über die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils mittelbar wie eine Ver-

fügung wirken, also in ihren Folgen einer Verfügung gleichkommen **kann** (vgl. § 1380 A 1) und da die Ehefrau weder durch die Ehe noch das eheliche Güterrecht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (RG JW 05, 343[16]), nach § 52 Abs 2 ZPO auch ihre Prozeßfähigkeit dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt wird, so würde die Rechtsstellung des Ehemannes gefährdet sein, wenn ihm nicht ein besonderer Schutz zu teil würde. Diesen bezweckt der § 1400.

2. Ob die Frau den **Rechtsstreit** als **Klägerin** oder **Beklagte** führt, ist für die Anwendung des § 1400 Abs 1 gleichgültig (RG 56, 76). In keinem Falle bedarf sie der Zustimmung des Mannes, ausgenommen im Falle des § 1400 Abs 2. Vgl. Anm 7. Betrifft die von einem Dritten gegen die Frau erhobene Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses das eingebrachte Gut, so folgt die Einlassungspflicht des mitbeklagten Mannes aus § 1400 Abs 1, bezw. 2 (RG 9. 6. 06 I 12/06). Welchen **Gegenstand** der Rechtsstreit betrifft, ist für die Anwendung des § 1400 Abs 1 gleichgültig.

3. Führt die Frau den Rechtsstreit **mit Zustimmung** des Mannes, so ist das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam (RG 56, 76). Demzufolge wird, wenn z. B. die Frau zur Rückzahlung eines Darlehns verurteilt wird, durch das Urteil die Verbindlichkeit der Frau nicht nur dieser gegenüber, sondern auch dem Manne gegenüber festgestellt. Der Mann muß die Rechtskraft des Urteils gegen sich gelten lassen. **Die Zwangsvollstreckung** aus dem Urteil in das eingebrachte Gut ist aber nur zulässig, wenn der Ehemann zu deren Duldung verurteilt ist (§ 739 ZPO) oder sich ihr freiwillig unterworfen hat (§ 794 Abs 1 Nr 5 und Abs 2 ZPO). — Das Duldungsurteil nötigt den Mann, den Gläubiger der Frau aus den Gegenständen der Haftung zu befriedigen. Es wirkt wie ein Leistungsurteil und begründet insbesondere die Pflicht des Mannes zur Leistung des Offenbarungseides (RG JW 09, 321[23]). Stimmt der Mann der Führung des Rechtsstreits durch die Frau zu, so ist doch sie allein und nicht auch der Mann **Partei**, selbst wenn er in der Klage „**im Beistande seiner Ehefrau**" aufgeführt wird (RG JW 03 Beil 147[320]). Pflicht des Prozeßgerichts ist es, Zweifel über die Bedeutung des Zusatzes aufklären zu lassen (RG JW 05, 343[16]). Als Prozeßpartei würde der Mann in dem Falle, daß die Frau „**im Beistande des Ehemannes**" klagt, nur dann angesehen werden können, wenn etwa die Frau für ihn, in seiner Vertretung, oder doch zugleich mit für ihn klagen würde. Der Mann kann seine Zustimmung durch Teilnahme am Rechtsstreit als Mitkläger oder Nebenintervenient betätigen; er stimmt der Prozeßführung aber auch dann zu, wenn er sich außerhalb des Rechtsstreits damit einverstanden erklärt. Der Zusatz „im Beistande des Ehemannes" besagt an sich nichts weiter, als daß der Mann mit der Klage einverstanden ist (RG 60, 85). Im letzteren Falle kann der Mann als Zeuge vernommen werden (RG 5. 2. 06 VI 364/05; RG JW 08, 529[14]). Vgl. über die Erfordernisse für die Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft bei Rechtsstreiten gegen Eheleute RG Gruch 47, 844. Die Zustimmung des Mannes begründet nicht seine persönliche Haftung für die der Frau aus dem Rechtsstreit erwachsenden Schulden (§ 1395 A 3). Tritt der Mann der Frau als **Nebenintervenient** bei — was nur denkbar ist, wenn er der Führung des Rechtsstreits durch die Frau zustimmt —, so wird er gemäß §§ 66, 69, 61 ZPO Streitgenosse der Frau. — Die nach § 1400 Abs 2 erforderliche Zustimmung des Mannes ist unzweifelhaft erteilt, wenn er sich selbst am Rechtsstreite beteiligt (RG 25. 1. 06 IV 369/05). Vgl. § 1380 A 5.

4. Die **Zustimmung des Mannes** muß sich auf die Führung des Rechtsstreits durch die Frau erstrecken, kann ausdrücklich oder stillschweigend, vor, während oder nach der Führung des Rechtsstreits, der Frau oder deren Gegner gegenüber erklärt und muß von demjenigen, der sich darauf beruft, bewiesen werden. Die vorherige Zustimmung (Einwilligung) ist bis zur Erhebung der Klage durch die Frau, beziehungsweise bis zur Einlassung der Frau auf die gegen sie erhobene Klage widerruflich, die später erteilte Zustimmung und Genehmigung überhaupt nicht widerruflich. Die Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit zurück. **Entbehrlich** ist die Zustimmung in den Fällen der §§ 1401, 1405, 1407 und **ersetzbar** im Falle des § 1402. Neben der allgemeinen Zustimmung zur Führung des Rechtsstreits ist eine besondere Zustimmung zu einzelnen Prozeßhandlungen auch dann nicht erforderlich, wenn sie wie z. B. die **Aufrechnung** eine **Verfügung** über eingebrachtes Gut enthalten (§ 1395 A 2), ebensowenig zur Erhebung einer Widerklage.

5. **Unwirksamkeit.** Begrifflich verschieden von der Rechtskraft ist die verpflichtende Wirkung einer zu einer Leistung verurteilenden Entscheidung. Im § 1400 Abs 1 ist das Wort „**unwirksam**" sowohl auf die Rechtskraft als auch auf die verpflichtende Wirkung des Urteils zu beziehen, weshalb der Mann nicht ohne weiteres für die Urteilsschuld der Frau als solche haftbar gemacht werden kann (RG 56, 77). Ist die Frau zunächst allein verklagt und verurteilt worden, so schafft das Urteil keine Rechtskraft gegen den Mann; dieser kann in dem gemäß § 739 ZPO wider ihn anhängig gemachten Rechtsstreit (auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut) Einwendungen gegen die Leistungspflicht der Frau erheben. Ist zunächst der Mann gemäß § 739 ZPO verklagt und verurteilt worden, so erzeugt

dieses Urteil ebensowenig Rechtskraft gegen die Frau, die in dem wider sie anhängig gemachten Rechtsstreit ihre — dem Manne gegenüber festgestellte — Leistungspflicht zu bestreiten berechtigt ist. Dem Antrage gegen den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung kann nur stattgegeben werden, wenn ihm gegenüber zugleich feststeht, daß der Klageantrag gegen die Frau begründet ist. Notwendige Streitgenossenschaft liegt nicht vor, wenn gegen eine Ehefrau auf Leistung und zugleich gegen den Ehemann gemäß § 739 ZPO auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut geklagt ist (RG 59, 234). Dem Dritten steht gegen den Mann die Klage aus § 739 ZPO zu. Dem Manne ist die selbständige Verfolgung seiner Rechte aus § 1380 unbenommen. Aus der Person der Ehefrau kann ihm der Einwand der Rechtshängigkeit oder Rechtskraft nicht entgegengesetzt werden. Da die Unwirksamkeit des Urteils nur den Schutz der Rechte des Mannes bezweckt, so wird das Urteil in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam, sobald Verwaltung und Nutznießung des Mannes aufhören. Das Urteil ist gegen den Mann auch dann wirksam, wenn ein Fall vorliegt, in dem seine Zustimmung entbehrlich ist (§ 1401).

6. **Rechte** jeder Art, z. B. ein Forderungsrecht, ein Pfandrecht, ein Anfechtungsrecht.

7. Der **Klage** steht jede andere Art der gerichtlichen Rechtsverfolgung (Widerklage, Mahnverfahren, Arrest und einstweilige Verfügung) gleich. Ob die Klage auf Leistung oder Feststellung gerichtet ist, macht keinen Unterschied. Da die Ehefrau, obwohl geschäfts- und prozeßfähig, keine Klagebefugnis hat, so muß das Gericht — nötigenfalls unter Ausübung des Fragerechts — die ohne Zustimmung des Mannes erhobene Klage von Amts wegen abweisen. Der Mangel der Zustimmung kann noch in der Revisionsinstanz gerügt werden (RG JW 05, 81[23]).

§ 1401

[1])Die Zustimmung des Mannes ist in den Fällen der §§ 1395 bis 1398, des § 1399 Abs. 2 und des § 1400 nicht erforderlich[2]), wenn der Mann durch Krankheit oder durch Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert[3]) und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist[4]).

E I 1306 II 1300 M 4, 234, P 4, 133, 146, 154, 160, 162, 181, 198.

1. Während die Frau innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die ihr in § 1357 zugewiesene freiere Rechtsstellung einnimmt, ist sie in den hier gemeinten Fällen nur unter gewissen Voraussetzungen **von dem Erfordernisse der Zustimmung des Mannes befreit.** Liegen diese Voraussetzungen vor, so bedarf es — anders wie im Falle des § 1379 Abs 1 — der Ersetzung der Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht nicht, vielmehr kann insoweit die Frau ihre eigenen Angelegenheiten selbständig besorgen. Die Verwaltung kehrt gleichsam zu ihr zurück. Sie darf aber zu diesem Zwecke — abweichend von den Fällen der §§ 1450, 1519 Abs 2, 1549 (Gesamtgut) — nur im eigenen Namen und für eigene Rechnung handeln.

2. Die Voraussetzungen der **Entbehrlichkeit der Zustimmnng** müssen bei einem Rechtsgeschäfte zur Zeit seiner Vornahme, bei einem Rechtsstreite zur Zeit der Klageerhebung, beziehungsweise Einlassung auf die Klage (§ 1400 A 4) vorliegen und von demjenigen bewiesen werden, der die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts oder Urteils behauptet. Späterer Wegfall der Voraussetzungen schadet nicht, späterer Eintritt der Voraussetzungen nützt nicht. Vgl. § 1407 Anm 3.

3. Die **Verhinderung** braucht nicht dauernd zu sein wie z. B. im Falle des § 1305 Abs 2.

4. **Gefahr im Verzuge** wird in der Regel nur dann vorliegen, wenn das Rechtsgeschäft oder der Rechtsstreit zum Zwecke ordnungsmäßiger Verwaltung erforderlich ist, § 1374 A 2.

§ 1402

[1])Ist zur ordnungsmäßigen[2]) Besorgung der persönlichen[3]) Angelegenheiten der Frau ein Rechtsgeschäft[4]) erforderlich[5]), zu dem die Frau der Zustimmung des Mannes bedarf[6]), so kann die Zustimmung auf Antrag[7]) der Frau durch das Vormundschaftsgericht[8]) ersetzt[9]) werden, wenn der Mann sie ohne ausreichenden Grund verweigert.

E I 1321, 1322 II 1303, 1387 M 4, 280 P 4, 133, 146, 154, 181, 203.

1. Im § 1401 sind Fälle behandelt, in denen der Mann nicht zustimmen kann, im § 1402 dagegen **Fälle, in denen er nicht zustimmen will.** Über seine Ver-

waltungspflicht (§ 1374 A 1 und 2) hinaus ist er verbunden, zu dem erforderlichen Rechtsgeschäfte seine Zustimmung zu erteilen, dagegen nicht verbunden, das Rechtsgeschäft selbst vorzunehmen. Da das eingebrachte Gut auch zur Befriedigung dieser persönlichen Bedürfnisse der Frau bestimmt ist, so hat der Mann zu gestatten, daß es dazu verwendet werde. Leistung aus eigenen Mitteln legt der § 1402 dem Manne nicht auf.

2. **Ordnungsmäßigkeit.** Die Handlungsweise einer ordentlichen Hausmutter bildet den Maßstab für die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit. Die Umstände des einzelnen Falles sind zu berücksichtigen.

3. **Persönliche Angelegenheiten der Frau** sind — abgesehen von dem besonders geregelten Unterhalte der Frau, §§ 1360, 1361, 1610 ff. — solche die Person der Frau betreffende Angelegenheiten, die vermögensrechtliche Aufwendungen erfordern. Gesundheit, Ehre, Freiheit der Frau betreffen ihre Person und können vermögensrechtliche Aufwendungen erforderlich machen, z. B. die Entrichtung von Heilungs-, Anwalts- und Gerichtskosten. Einen Rechtsstreit darf die Frau, gleichviel ob er ihre persönlichen Angelegenheiten betrifft oder nicht, zwar selbständig führen (§ 1400 A 1), aber zur Bevollmächtigung des Anwalts und Zahlung von Vorschüssen an den Anwalt und das Gericht bedarf sie der Zustimmung des Mannes. Diese kann, wenn der Rechtsstreit ihre persönlichen Angelegenheiten betrifft, z. B. Ehescheidung, Entmündigung, Rechtsverhältnis zwischen Mutter und Kind, durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Die Vertretung der Frau in einem Straf- oder Privatklageverfahren betrifft gleichfalls eine persönliche Angelegenheit der Frau. Wegen der Kostenvorschußpflicht des Mannes vgl. § 1387 A 6.

4. Solche **Rechtsgeschäfte** sind z. B. Vertrag über Unterbringung der Frau in einer Heilanstalt, Bevollmächtigung eines Anwalts zur Führung eines Rechtsstreits, Entrichtung von Kosten oder Auslagenvorschüssen an den Anwalt und die Gerichtskasse. Handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, so ist es gleichgültig, ob es sich auf das eingebrachte Gut oder auf eine Verbindlichkeit der Frau bezieht, §§ 1398, 1403. Zu einem Rechtsgeschäfte, durch das sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet, ist dagegen die Zustimmung des Mannes nicht erforderlich, § 1399 Abs 1.

5. Die **Notwendigkeit** der Maßregel ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen.

6. **Zustimmungsbedürftigkeit.** Ob es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, zu dem die Frau der Zustimmung des Mannes bedarf, entscheidet sich nach §§ 1395—1401.

7. Der **Antrag** ist durch Darlegung der Sachlage, insbesondere des Rechtsgeschäfts so zu begründen, daß das Vormundschaftsgericht in eine Prüfung gemäß § 1402, nötigenfalls Beweisaufnahme eintreten kann.

8. **Zuständigkeit** und **Verfahren** des Vormundschaftsgerichts regeln sich nach §§ 45, 53, 55, 60 Nr 6, 62, 63, 199 FGG. Die Ersetzung der Zustimmung muß das fragliche Rechtsgeschäft genau bezeichnen.

9. **Ersatz.** Die ersetzte Zustimmung wirkt wie die erteilte, unterliegt aber nicht dem Widerrufe.

10. Daß **ausreichende Gründe** zur Verweigerung der Zustimmung vorliegen, hat — unbeschadet der Ermittelungspflicht des Gerichts, § 12 FGG — der Mann darzulegen.

§ 1403

[1])Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das sich auf das eingebrachte Gut bezieht[2]), ist[3]) dem Manne gegenüber vorzunehmen.

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das sich auf eine Verbindlichkeit der Frau bezieht[4]), ist der Frau gegenüber vorzunehmen; das Rechtsgeschäft muß jedoch auch dem Manne gegenüber vorgenommen werden, wenn es in Ansehung des eingebrachten Gutes ihm gegenüber wirksam sein soll.[5])

E I 1304 II 1301 M 4, 235 P 4, 133, 146, 153, 160, 181, 198.

1. Der § 1403 bezieht sich auf **einseitige Rechtsgeschäfte Dritter**, nicht, wie §§ 1398, 1399, auf einseitige Rechtsgeschäfte der Frau und ordnet mit Rücksicht darauf, daß sich erfahrungsgemäß der Mann mehr als die Frau um die Verwaltung des eingebrachten Gutes bekümmert, aus Zweckmäßigkeitsgründen die Pflichten Dritter bei Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte. Diese können sich entweder nur auf die zum eingebrachten Gute gehörenden Rechte oder nur auf die dazu gehörenden Verbindlichkeiten oder auf beide zugleich beziehen. Von den Rechtsgeschäften der ersten Art handelt der erste Absatz, von denen der zweiten und dritten Art der zweite Absatz des § 1403.

2. **Einseitige, sich auf das eingebrachte Gut** und nicht auf eine Verbindlichkeit (Abs 2) der Frau **beziehende Rechtsgeschäfte** Dritter sind z. B. Kündigung einer Darlehnsforderung

der Frau durch den Schuldner (§ 284), Anbieten der zum eingebrachten Gute geschuldeten Leistung (§ 293), Ausübung des Wahlrechts durch den Schuldner im Falle des § 263, Anfechtung eines vom Dritten vorgenommenen einseitigen Rechtsgeschäfts durch den Dritten (§ 143), Widerruf einer Schenkung durch den Schenker (§ 530). Bezieht sich das Rechtsgeschäft auf Vorbehaltsgut der Frau, so ist es der Frau gegenüber vorzunehmen (§ 1365).

3. Nur **dem Manne gegenüber** kann das Rechtsgeschäft mit Wirksamkeit gegen das eingebrachte Gut vorgenommen werden. Ausnahme § 1405.

4. **Einseitige, sich auf Verbindlichkeiten der Frau beziehende Rechtsgeschäfte** Dritter sind z. B. Kündigung einer Darlehnsschuld der Frau durch den Gläubiger (§ 609), Mahnung seitens eines Gläubigers der Frau (§ 284), Ausübung des Wiederkaufsrechts (§ 497), des Vorkaufsrechts (§ 505), des Rücktrittsrechts (§ 349), Aufrechnung (§ 388), Anfechtung eines Vertrags (§ 143).

5. **Nur der Frau gegenüber** kann das Rechtsgeschäft mit Wirksamkeit gegen die Frau vorgenommen werden. Sie haftet dann mit etwa vorhandenem Vorbehaltsgute. Soll das Rechtsgeschäft in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam werden, muß es auch **dem Manne gegenüber** vorgenommen werden (vgl. § 1399 Abs 2 S 1). Hört die Verwaltung und Nutznießung des Mannes auf, so tritt Wirksamkeit auch in Ansehung des eingebrachten Gutes von selbst ein.

§ 1404

[1])Die Beschränkungen, denen die Frau nach den §§ 1395 bis 1403 unterliegt, muß ein Dritter[2]) auch dann gegen[3]) sich gelten lassen, wenn er nicht gewußt[4]) hat, daß die Frau eine Ehefrau ist.

E I 1305 II 1302 M 4, 236 ff. P 4, 133, 146, 181, 198.

1. § 1404 bezweckt, die Rechte des Ehemannes an dem eingebrachten Gute der Frau zu schützen. Das Gesetz geht davon aus, daß es dem Dritten, der sich mit einer Frau auf ein Rechtsgeschäft einlassen will, meist mühelos gelingen werde, sich über die Eigenschaft der Frau als Ehefrau zu vergewissern. Den Dritten trifft die Erkundigungspflicht. Guter Glaube schützt ihn nicht. Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden keine Anwendung. Die **Verfügungsbeschränkung der Frau** tritt wie die Verwaltung und Nutznießung des Mannes kraft Gesetzes mit der Eheschließung ein. Ihre Eintragung in das Grundbuch ist weder erforderlich noch zulässig.

2. **Dritter** ist derjenige, der sich mit der Frau auf das Rechtsgeschäft einläßt, nicht derjenige, der von dem Dritten erwirbt. Auf diesen Erwerb finden die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, Anwendung.

3. Inwiefern der Dritte die Beschränkungen der Frau für sich geltend machen kann, ist bei den §§ 1395—1403 erörtert.

4. Ob die **Unkenntnis** des Dritten auf eigenem Verschulden beruht oder nicht, macht für die Anwendung des § 1404 keinen Unterschied. Arglistige Täuschung des Dritten durch die Frau zieht deren Schadensersatzpflicht nach sich, §§ 823, 826, 1411, 1415 Nr 1. Eine Anfechtung des Rechtsgeschäfts aus § 123 findet nicht statt. Unter Umständen kann dem Dritten ein Bereicherungsanspruch gegen das eingebrachte Gut erwachsen, §§ 812 ff., 1411, 1399 Abs 2 Satz 2.

§ 1405

Erteilt[1]) der Mann[2]) der Frau die Einwilligung[3]) zum selbständigen[4]) Betrieb eines Erwerbsgeschäfts[5]), so ist seine Zustimmung zu solchen Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten[6]) nicht erforderlich[7]), die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt[8]). Einseitige Rechtsgeschäfte, die sich auf das Erwerbsgeschäft beziehen, sind der Frau gegenüber vorzunehmen.

Der Einwilligung des Mannes in den Geschäftsbetrieb steht es gleich, wenn die Frau mit Wissen[9]) und ohne Einspruch[10]) des Mannes das Erwerbsgeschäft betreibt.

Dritten gegenüber ist ein Einspruch und der Widerruf[11]) der Einwilligung nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam[12]).

E I 1307 II 1304 M 4, 240 ff., P 4, 134, 146, 160, 181, 204.

1. Ob den Mann die **Verpflichtung zur Erteilung der Einwilligung** trifft, ist nach den Umständen des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der in den §§ 1353, 1354, 1356, 1358

aufgestellten Gesichtspunkte zu entscheiden. Nicht erfordert wird, daß sich der Mann der rechtlichen Folgen seiner Einwilligung bei ihrer Erteilung bewußt war.

2. Steht der Mann unter Vormundschaft, so erteilt der Vormund die Einwilligung, § 1409. Ist der Mann infolge körperlicher Gebrechen oder Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert, so gelangt nicht § 1401 zur Anwendung, sondern es ist ein Pfleger gemäß §§ 1910, 1911 zu bestellen.

3. **Einwilligung** ist die vorher erteilte Zustimmung (§ 183) und ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden und bedarf keiner Form. Sie begründet nicht die persönliche Haftung des Mannes für die der Frau aus dem Geschäftsbetrieb erwachsenden Schulden, § 1395 A 3.

4. Die **Selbständigkeit des Betriebes** wird weder dadurch, daß sich die Frau eines Prokuristen oder Bevollmächtigten — möge dies auch ihr Mann sein — bedient, noch dadurch beeinträchtigt, daß sie das Geschäft in Gemeinschaft mit andern betreibt. Entscheidend ist, daß sie — allein oder mit andern — Unternehmerin, nicht bloß Inhaberin, stille Gesellschafterin oder Kommanditistin ist. Betreibt der Mann — sei es im eigenen Namen, sei es im Namen der Frau — ein Geschäft, dessen Inhaberin die Frau ist, so kann von einem selbständigen Betriebe des Geschäfts durch die Frau nicht die Rede sein. Vgl. § 1367 A 3 über die Rechte des Mannes an einem Erwerbsgeschäfte, das die Frau selbständig betreibt und in die Ehe einbringt.

5. Unter **Erwerbsgeschäft** wird jede regelmäßige, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit verstanden, möge sie in Handel, der Betreibung einer Fabrik oder eines Handwerks, der Ausübung eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufs, der Landwirtschaft oder in anderer Erwerbstätigkeit bestehen. Vgl. §§ 112, 1367 BGB und § 741 ZPO.

6. Wegen der **Zwangsvollstreckung** in das eingebrachte Gut aus einem gegen die Ehefrau ergangenen Urteil vgl. § 741 ZPO. Vorherige Verurteilung des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung nicht nötig. Anders § 1400 A 3.

7. Aus der **Entbehrlichkeit der Zustimmung** folgt, daß insoweit die Beschränkungen, denen die Frau nach den §§ 1395—1403 unterliegt, wegfallen. Vgl. auch §§ 11, 11a GewO v. 26. 7. 00.

8. Ob der gestattete Geschäftsbetrieb die betreffenden Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten **mit sich bringt**, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Die Ausdrucksweise: „mit sich bringt" kommt auch in § 112 BGB, §§ 49, 54 HGB vor. Sie umfaßt Einrichtung, Fortführung und Auflösung des Geschäfts. Bezieht sich der gestattete Geschäftsbetrieb auf ein Handelsgewerbe (§ 1 HGB), so hat die Ehefrau Rechte und Pflichten eines Kaufmannes.

9. Der Mann muß bestimmte **Kenntnis** haben. Auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis reicht nicht aus.

10. Die Wirksamkeit des **Einspruchs** ist der Frau gegenüber von keiner Form abhängig.

11. Die Wirksamkeit des **Widerrufs** ist der Frau gegenüber von keiner Form abhängig. Vgl. auch § 1407 A 3.

12. **Gerichtszuständigkeit** für die Eintragung in das Güterrechtsregister §§ 1558, 1559 BGB; Art 8 EG.

13. **Anwendung ausländischer Gesetze.** Nach Art 16 Abs 2 EG finden in demjenigen Falle, in welchem gemäß dem allgemeinen, in Art 15 EG ausgedrückten Grundsatze die ausländischen Gesetze maßgebend wären, die Vorschriften des § 1405 Anwendung, soweit sie Dritten günstiger sind als die ausländischen Gesetze.

§ 1406

Die Frau bedarf nicht[1]) der Zustimmung des Mannes:

1. **zur Annahme[2]) oder Ausschlagung[3]) einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses[4]), zum Verzicht auf den Pflichtteil[5]), sowie zur Errichtung des Inventars über eine angefallene Erbschaft;**
2. **zur Ablehnung eines Vertragsantrags[6]) oder einer Schenkung[7]);**
3. **zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts gegenüber[8]) dem Manne.**

E I 1308, 2148 Nr 4 II 1305 M 4, 242 ff., 5, 679 P 4, 134, 154, 160, 181, 204; 5, 806.

1. Die **Entbehrlichkeit der Zustimmung des Mannes** hat zur Folge, daß das Rechtsgeschäft auch in Ansehung des eingebrachten Gutes gegenüber dem Manne wirksam ist. Vgl. § 1407 Anm 1.

2. **Annahme einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses.** Die der Frau angefallene Erbschaft wächst infolge der Annahme durch die Frau, ausgenommen beim Erwerbe der Erbschaft als Vorbehaltsgut (§§ 1369, 1413), ihrem eingebrachten Gute zu und zwar mit

allen Rechten und Verbindlichkeiten, §§ 1363 Abs 2, 1411, 1412. Das eingebrachte Gut haftet also für die Nachlaßschulden. Dem Ehemanne stehen jedoch, unabhängig von dem Willen der Ehefrau, die Rechte auf Inventarerrichtung (§ 1993), Anordnung der Nachlaßverwaltung (§ 1975), Eröffnung des Nachlaßkonkurses (§ 1975 BGB, § 218 KO), Aufgebot der Nachlaßgläubiger (§ 1970 BGB, § 999 ZPO) und die sonstigen Rechtsbehelfe zu, die ein Erbe zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß geltend machen kann. Durch den Gebrauch dieser Rechte kann er das eingebrachte Gut gegen etwaige Überschuldung der Erbschaft schützen. Auch die Frau kann die bezeichneten Rechte selbständig geltend machen. Vgl. die genannten Gesetzesstellen. Wegen der Inventarfrist kommt noch § 2008 in Betracht. Nimmt die Frau ein nicht dem Vorbehaltsgute zufallendes Vermächtnis an, das mit einem Untervermächtnis oder einer Auflage beschwert ist, so stehen dem Manne die Rechtsbehelfe aus §§ 2186—2188 selbständig zu. — Vor der Annahme durch die Frau liegt ein endgültiger Erwerb noch nicht vor (RG 54, 293).

3. **Die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses** ist ein höchstpersönliches Recht der Frau. Durch die Ausschlagung wird das eingebrachte Gut nicht vermindert, sondern nur nicht vermehrt, §§ 1942, 1953, 2176, 2180. Vgl. auch § 517. Ebensowenig bedarf die Ehefrau der Zustimmung des Mannes zu einem Erbverzichte, § 2346 (M 4, 243).

4. **Anfechtung.** Die Ehefrau kann ihre Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses selbständig anfechten, §§ 1954—1957.

5. **Verzicht auf den Pflichtteil.** Entsprechend dem Verhältnisse der Ehegatten untereinander fällt es der freien Entschließung der Ehefrau anheim, ob sie ihren Pflichtteilsanspruch geltend machen will oder nicht, §§ 2305—2307. Auch steht ihr das Anfechtungsrecht aus § 2308 selbständig zu.

6. **Ablehnung und Annahme eines Vertragsantrags.** Der Vertragsantrag bindet den Antragenden, § 145. Die Ablehnung des Vertragsantrags ist ein höchstpersönliches Recht der Frau. Bei Annahme des Vertragsantrags durch die Frau kommen §§ 1396, 1397, 1399 nebst Erläuterungen in Betracht.

7. **Ablehnung und Annahme einer Schenkung.** Im Falle des § 516 Abs 2 ist die Aufforderung zur Erklärung über die Annahme an die Frau zu richten. Wegen Annahme einer Schenkung durch die Frau vgl. § 1395 A 4. Der Widerruf der Schenkung durch den Schenker ist dem Manne gegenüber zu erklären, § 1403 A 3 und 4.

8. **Rechtsgeschäfte der Frau gegenüber dem Manne** sind z. B. Mahnung, Stundung, Kündigung, Aufrechnung. Rechtsgeschäfte der Frau mit dem Manne, z. B. Kauf, Tausch, Miete bedürfen nicht noch besonderer Zustimmung des Mannes. Dasselbe gilt von Rechtsgeschäften der Frau mit dem gesetzlichen Vertreter des Mannes (§ 1409) und — sofern im Einzelfalle schon die Bevollmächtigung auf die Zustimmung des Mannes zu dem Rechtsgeschäft schließen läßt — von Rechtsgeschäften der Frau mit dem Bevollmächtigten des Mannes.

§ 1407

Die Frau bedarf nicht¹) der Zustimmung des Mannes:

1. zur Fortsetzung²) eines zur Zeit der Eheschließung³) anhängigen Rechtsstreits⁴);

2. zur gerichtlichen Geltendmachung⁵) eines zum eingebrachten Gute gehörenden Rechtes⁶) gegen⁷) den Mann;

3. zur gerichtlichen Geltendmachung⁵) eines zum eingebrachten Gute gehörenden Rechtes⁶) gegen einen Dritten⁸), wenn der Mann ohne die erforderliche⁹) Zustimmung der Frau über das Recht verfügt hat;

4. zur gerichtlichen Geltendmachung⁵) eines Widerspruchrechts¹⁰) gegenüber einer Zwangsvollstreckung¹¹).

E I 1309 II 1306 M 4, 245 ff. P 4, 134, 154, 160, 181, 201, 203.

1. Die **Entbehrlichkeit der Zustimmung des Mannes** hat zur Folge, daß die von der Frau durch Klage oder anderweite gerichtliche Geltendmachung erwirkte Entscheidung in Ansehung des eingebrachten Gutes gegenüber dem Manne wirksam ist (vgl. § 1406 A 1). Verbindlichkeiten, die die Frau behufs zweckentsprechender Rechtsverfolgung eingeht oder die ihr infolge der Rechtsverfolgung kraft Gesetzes erwachsen (sei es dem Prozeßgegner, Anwalte, Gerichtsvollzieher oder Gerichte gegenüber) belasten das eingebrachte Gut. Diese Sätze gelten unbeschadet des im § 1395 ausgesprochenen Grundsatzes, wonach die Frau zur Verfügung über eingebrachtes Gut (§ 1395 A 2) der Einwilligung des Mannes bedarf, z. B. zur Aufrechnung oder zum Erlaß der eingeklagten Forderung im Rechtsstreite.

2. **Fortsetzung des Rechtsstreits. Nebenintervention des Mannes.** Die vor der Eheschließung begründet gewesene Klageberechtigung und Klageeinlassungspflicht der Frau besteht nach der Eheschließung unabhängig von dem Willen des Mannes fort. Hat die Frau auf Leistung an sie geklagt, so muß entsprechend dem Grundsatze des § 1395 der Klageantrag dahin geändert werden, daß Leistung an die Frau bei Zustimmung des Mannes oder Leistung an beide Eheleute oder Hinterlegung für beide Eheleute verlangt wird (vgl. § 1380 A 5). Darin liegt keine unzulässige Klageänderung. Der Mann kann dem Rechtsstreit als Nebenintervenient beitreten und sich dadurch gegen eine nachlässige Führung des Rechtsstreits durch die Frau schützen. Im Falle des Beitritts wird der Mann Streitgenosse der Frau, §§ 61, 69 ZPO.

3. **Ähnliche Fälle.** Wenn die Frau bei Krankheit oder Abwesenheit des Mannes (§ 1401) die Führung eines Rechtsstreits mit Wirksamkeit gegenüber dem Manne begonnen hat und später die Voraussetzungen des § 1401 wegfallen, bedarf es der Zustimmung des Mannes zur Fortsetzung des Rechtsstreits durch die Frau nicht (§ 1401 A 2), ebensowenig, wenn im Falle des § 1405 der Mann die der Frau zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts erteilte Einwilligung widerruft und zur Zeit des Widerrufs ein durch den Geschäftsbetrieb veranlaßter Rechtsstreit der Frau anhängig ist.

4. Ob die Frau den **Rechtsstreit** als Klägerin oder Beklagte führt, ist für die Anwendung des § 1407 Nr 1 gleichgültig. — Das Urteil, das in einem von der Frau als Beklagte mit Zustimmung des Mannes geführten Rechtsstreit ergeht, hat auch dem Manne gegenüber hinsichtlich des eingebrachten Gutes Rechtskraftwirkung (**RG** 56, 73; § 1400 A 3, 5).

5. **Gerichtliche Geltendmachung,** § 1380 A 5. Zu einem Antrag auf Aufhebung des Miteigentums der Ehegatten an einem zum gemeinschaftlichen Eigentum erworbenen Grundstück (§ 753) ist jeder Ehegatte ohne Zustimmung des andern berechtigt (§ 749). Die Frau kann in dem zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft angeordneten Zwangsversteigerungsverfahren ihre Rechte ohne Zustimmung des Mannes wahrnehmen (**RG** 67, 396).

6. **Rechte jeder Art,** § 1400 A 6.

7. **Gegen den Mann** kann die Frau das fragliche Recht trotz der entgegenstehenden Bestimmung des § 1400 Abs 2 (vgl. dort A 4) selbständig geltend machen.

8. Ausnahme von § 1400 Abs 2. Die Frau kann z. B. **gegen einen Dritten** auf Herausgabe einer von ihrem Manne ohne ihre Zustimmung veräußerten, zum eingebrachten Gute gehörigen Sache selbständig klagen, § 985.

9. §§ 1375—1378. Vgl. § 1375 A 6.

10. **Geltendmachung eines Widerspruchsrechts:** §§ 732, 766, 767, 771, 861 Abs 2 ZPO, ferner § 773 und die Einwendungen aus §§ 781—786 ZPO (Beschränkung der Haftung als Erbe). Gegen den Grundsatz des § 1400 darf jedoch nicht verstoßen werden. Oben A 1. Übrigens kann der Mann unbeschadet seines Rechtes, das Widerspruchsrecht selbständig geltend zu machen, auch in diesen Fällen der Frau als Nebenintervenient beitreten. Er gilt dann als ihr Streitgenosse. Oben A 2.

11. Ob sich die **Zwangsvollstreckung** gegen die Frau, den Mann oder einen Dritten richtet, ist gleichgültig. Es macht auch keinen Unterschied, ob die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut wegen einer Geldforderung oder in Vollstreckung eines Urteils erfolgt das auf die Veräußerung einer zum eingebrachten Gute gehörenden Sache gerichtet ist

§ 1408

Das Recht[1]), das dem Manne an dem eingebrachten Gute kraft seiner Verwaltung und Nutznießung zusteht, ist nicht übertragbar[2]).

E I 1298 Halbs 1 II 1307 M 4, 205 ff. P 4, 134, 153, 182, 204.

1. Das dem Manne zustehende **Recht der Verwaltung und Nutznießung** des eingebrachten Gutes beruht auf dem Vertrauen der Frau zu der Person des Mannes und ist wegen dieser höchstpersönlichen Natur unübertragbar.

2. **Unübertragbarkeit des Rechtes. Überlassung der Ausübung. Früchte.** Das bezeichnete Recht darf weder abgetreten (§ 400) noch verpfändet (§ 1274 Abs 2, § 861 ZPO), noch durch Bestellung eines Nießbrauchs belastet (§ 1069 Abs 2) werden. Dagegen ist der Ehemann nicht gehindert, die ihm kraft der Verwaltung und Nutznießung zustehenden Einzelbefugnisse ihrer Ausübung nach einem andern zu überlassen, z. B. Bestandteile des eingebrachten Gutes durch Vermietung oder Verpachtung zu nutzen. Unter Umständen, z. B. wenn er längere Zeit abwesend sein muß, darf er Verwaltung und Nutznießung durch einen Bevollmächtigten ausüben (M 4, 300; § 1418 A 10). Die von dem Ehemann erworbenen Früchte des eingebrachten Gutes sind der Pfändung nur in dem im § 861 ZPO bezeichneten Umfange unterworfen. Wegen des Widerspruchsrechts vgl. § 1407 A 10.

3. Anfechtung. Genehmigt der Ehemann die Veräußerung eines zum eingebrachten Gute gehörigen Gegenstandes durch die Ehefrau, so kann die Genehmigung von seinen Gläubigern nicht schon deshalb angefochten werden, weil sie das Erlöschen des ehemännlichen Nießbrauchs an dem Gegenstande mit sich bringt. Das ehemännliche Nießbrauchsrecht kann nicht gepfändet werden; deshalb kann auch der Verzicht des Ehemannes auf dieses Recht nicht Gegenstand der Anfechtung sein (RG 10. 7. 06 VII 564/05).

§ 1409

Steht der Mann unter Vormundschaft[1]), so hat ihn der Vormund in den Rechten und Pflichten zu vertreten[2]), die sich aus der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes ergeben. Dies gilt auch dann, wenn die Frau[3]) Vormund des Mannes ist.

E I 1326 II 1308 M 4, 286 ff. P 4, 134, 149, 160, 162, 183, 204.

1. Vormundschaft. Pflegschaft. Unter Vormundschaft ist auch die vorläufige Vormundschaft (§ 1906) zu verstehen. Steht der Mann unter Pflegschaft (§§ 1910, 1911), so findet der § 1409 sinnentsprechende Anwendung.

2. Vertretung des Mannes. Schutz der Frau. Die Vertretung des Mannes muß in diesem Falle trotz der höchstpersönlichen Natur seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechts eintreten, weil die Stellung des Mannes unter Vormundschaft oder Pflegschaft das bezeichnete Recht nicht kraft Gesetzes zum Erlöschen bringt. Der Vertreter ist dem Manne für Schaden verantwortlich, §§ 1833, 1915. Die Frau kann jederzeit auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung klagen (§ 1418 Abs 1 Nr 3, 4 und 5) und dadurch eine ihr unliebsame Vertretung hintertreiben.

3. Die Frau als Vormund oder Pfleger des Mannes ist ebenso wie ein anderer Vertreter dem Manne für Schaden verantwortlich, §§ 1833, 1915. Ist die Zustimmung des Mannes zu einem Rechtsgeschäft oder einem Rechtsstreit erforderlich (§§ 1395—1405), so erteilt die Frau als Vertreter des Mannes sich selbst die Zustimmung. Die im § 181 zugelassene Ausnahme („soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist") trifft hier zu. Vgl. § 1457.

3. Schuldenhaftung

§ 1410

Die Gläubiger des Mannes[1]) können nicht Befriedigung aus dem eingebrachten Gute[2]) verlangen.

E II 1309 M 4, 205 ff. P 4, 134, 147, 182, 204.

1. Gläubiger des Mannes. Wie der Mann nicht für die Schulden der Frau haftet, so haftet auch nicht die Frau für die Schulden des Mannes. Zum Schutze der Gläubiger des Mannes dienen die Vorschriften in § 1362 Abs 2 (Vermutung für das Eigentum des Mannes) § 31 Nr 2, § 32 Nr 2, § 45 KO und § 3 Nr 2 und 4 des AnfG. Vgl. § 1391 A 11. Das Nutznießungsrecht des Mannes unterliegt nicht der Pfändung (RG JW 03, 243[22]).

2. Zum **eingebrachten Gute** der Frau können auch jährlich fortlaufende Zahlungen an die Frau gehören. Vgl. § 1363 A 6. Die Früchte des eingebrachten Gutes sind dagegen dem Zugriffe der Gläubiger in dem durch § 861 ZPO bestimmten Umfange freigegeben.

3. Übergangsrecht. Die Pflicht der Kaufleute, die Ausschließung der Gütergemeinschaft durch Vertrag im Handelsregister eintragen zu lassen (Art 20 preuß. EG z. ADHGB), besteht nach dem Inkrafttreten des BGB nicht fort. Gläubiger des Mannes, deren Forderungen nach dem Inkrafttreten des BGB entstanden sind, haben nicht das Recht, aus dem Grunde, weil die Ausschließung der Gütergemeinschaft nicht in das Handelsregister eingetragen ist, das eingebrachte Gut der Frau in Anspruch zu nehmen (RG 63, 245).

§ 1411

Die Gläubiger der Frau[1]) können ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznießung des Mannes Befriedigung[2]) aus dem eingebrachten Gute verlangen, soweit[3]) sich nicht aus den §§ 1412 bis 1414 ein anderes ergibt[4]). Sie unterliegen bei der Geltendmachung der Ansprüche der Frau[5]) nicht der im § 1394 bestimmten Beschränkung.

Hat der Mann verbrauchbare Sachen nach § 1377 Abs. 3 veräußert oder verbraucht, so ist er den Gläubigern[6]) gegenüber zum sofortigen[7]) Ersatze verpflichtet.

E I 1311 II 1293 Abs 2, 1300 M 4, 249, 252, 254 P 4, 133, 147, 154, 160, 162, 180, 183, 205.

1. **Die Gläubiger der Frau** können grundsätzlich wegen aller Ansprüche Befriedigung aus dem eingebrachten Gute ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznießung des Mannes verlangen. Dieser Grundsatz gilt für Gläubiger, deren Ansprüche vor dem Eintritte der Verwaltung und Nutznießung des Mannes (regelmäßig der Eheschließung, § 1363 A 2) entstanden sind, ausnahmslos. Die in den §§ 1412—1414 enthaltenen Ausnahmen beziehen sich nur auf die Gläubiger der Frau, deren Ansprüche nach der Eheschließung entstehen. Unter den oben bezeichneten Grundsatz fallen insbesondere Ansprüche aus einer unerlaubten Handlung der Frau (z. B. der Anspruch des Verletzten auf Schadensersatz, der Anspruch der Gerichtskasse auf die Kosten eines Strafverfahrens, vgl. § 1387 A 7) und auf Gesetz beruhende Ansprüche gegen die Frau, z. B. der Unterhaltsanspruch ihrer Verwandten (§§ 1601, 1604, 1386) und die Ersatzansprüche aus Beschädigungen durch Tiere (§ 833) und Gebäude (§ 836). Als auf Gesetz beruhend sind auch die Ansprüche der Gläubiger gegen die Frau aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812, 1399 Abs 2 Satz 2) und aus der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 678, 680) anzusehen. — Hat die Frau als Beklagte mit Zustimmung des Mannes den Rechtsstreit geführt oder war die Zustimmung entbehrlich, so hat das Urteil auch dem Manne gegenüber hinsichtlich des eingebrachten Gutes Rechtskraftwirkung (RG 56, 73; § 1400 A 3, 5).

2. Die **Zwangsvollstreckung** in das eingebrachte Gut ist nur zulässig, wenn die Frau zu der Leistung und der Mann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt ist (§ 739 ZPO) oder der Mann die Zwangsvollstreckung gemäß § 794 Abs 2 ZPO bewilligt. Die Klage gegen den Mann kann auch mit einer Wechselklage gegen die Frau verbunden werden (RG 50, 51). Für den Fall, daß die Frau ein Erwerbsgeschäft betreibt, gelangt § 741 ZPO zur Anwendung. Wegen Erteilung vollstreckbarer Urteilsausfertigung, falls zur Zeit des Eintritts der Verwaltung und Nutznießung der Rechtsstreit für oder gegen die Frau bereits anhängig war, vgl. § 742 ZPO. Die dem Schuldner gegen die Zwangsvollstreckung zustehenden Einwendungen kann jeder der Ehegatten selbständig erheben. Wird über das Vermögen der Frau der **Konkurs** eröffnet, so muß sich der Mann die Befriedigung derjenigen Gläubiger der Frau, die unter den Regelfall des § 1411 fallen, aus dem eingebrachten Gute gefallen lassen. — Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Ehefrau hat eine Einschränkung der Rechte des Mannes zur Folge. Die Sorge für eine geordnete Befriedigung der Gläubiger geht vom Manne auf den Konkursverwalter über. Der Mann muß die Befriedigung der Gläubiger seiner Frau aus dem eingebrachten Gute durch den Konkursverwalter dulden und zu diesem Zweck an letzteren das eingebrachte Gut, wenn dessen Wert durch den Betrag der Schulden erschöpft wird, herausgeben. Der Verwalter kann sich nicht eigenmächtig in den Besitz des eingebrachten Gutes setzen, sondern nur auf Herausgabe klagen. Der Mann ist nicht Gemeinschuldner, sondern ein außerhalb des Konkursverfahrens stehender Dritter. Ihm gegenüber ist zur Begründung des Anspruchs auf Herausgabe nachzuweisen, daß der Wert des Eingebrachten durch den Betrag der Schulden erschöpft wird. Zum Nachweise einer Schuld genügt eine frühere Verurteilung des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut (vgl. über die Wirkung eines Duldungsurteils RG JW 09, 321[23]). Der Ehemann hat auf Verlangen des Konkursverwalters ein Verzeichnis über den Bestand des eingebrachten Gutes gemäß § 260 vorzulegen und in sinnentsprechender Anwendung des § 1421 Rechnung zu legen, auch nötigenfalls den Offenbarungseid zu leisten (§§ 259, 260). Zur Rechnungslegung über ihm gebührende Nutzungen ist der Mann nicht verpflichtet. An dem von der Ehefrau erst nach der Konkurseröffnung erworbenen Vermögen verbleibt dem Manne das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht uneingeschränkt (RG 4. 4. 10 IV 301/09).

3. **Beweislast.** Daß ein Ausnahmefall der §§ 1412—1414 vorliegt, hat der Mann zu beweisen.

4. Nur aus Rücksicht auf die Rechte des Mannes sind die **Ausnahmen** der §§ 1412—1414 bestimmt. Daher darf nur der Mann, nicht die Frau die Ausnahmen geltend machen.

5. **Zeitpunkt der Geltendmachung.** Die Gläubiger der Frau können Ansprüche, die der Frau gegen den Mann auf Grund der Verwaltung und Nutznießung zustehen und ihnen im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen sind, unbeschränkt vor der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung geltend machen. Vgl. § 1394 A 2.

6. Gemeint sind solche **Gläubiger der Frau,** die aus dem eingebrachten Gute Befriedigung verlangen können.

7. **Sofortiger Ersatz.** Die Gläubiger der Frau können den Ersatzanspruch der Frau schon während des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung gegen den Mann gerichtlich geltend machen. Vgl. § 1377 A 9. Entgegenstehende Abmachungen der Eheleute sind den Gläubigern gegenüber unwirksam.

§ 1412

[1])Das eingebrachte Gut haftet für eine Verbindlichkeit der Frau, die aus einem nach [2]) der Eingehung der Ehe vorgenommenen Rechtsgeschäft entsteht, nur dann, wenn der Mann seine Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft erteilt oder wenn das Rechtsgeschäft ohne seine Zustimmung ihm gegenüber wirksam ist.

Für die Kosten eines Rechtsstreits der Frau haftet das eingebrachte Gut auch dann, wenn das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes nicht wirksam ist.

E I 1312 Nr 1 II 1311 M 4, 251 P 4, 135, 147, 155, 160, 163, 183, 205; 6, 277.

1. **Zweck** der Bestimmung im § 1412 Abs 1 ist, die Rechte des Mannes an dem eingebrachten Gute der Frau zu schützen.

2. **Beweislast.** Daß es sich um ein nach und nicht vor der Eheschließung vorgenommenes Rechtsgeschäft handelt, hat der Mann zu beweisen. Dagegen liegt dem Gläubiger der Beweis ob, daß der Mann seine Zustimmung erteilt hat oder das Rechtsgeschäft ohne seine Zustimmung ihm gegenüber wirksam ist.

§ 1413

Das eingebrachte Gut haftet nicht für eine Verbindlichkeit [1]) der Frau, die infolge des Erwerbes einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses entsteht, wenn die Frau die Erbschaft oder das Vermächtnis nach der Eingehung der Ehe [2]) als Vorbehaltsgut [3]) erwirbt [4]).

E I 1312 Nr 2 II 1312 M 4, 252 P 4, 135, 147, 155, 160, 163, 183, 207.

1. **Verbindlichkeiten,** die infolge des Erwerbes einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses entstehen, sind z. B. die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967), die Herausgabepflicht des Vorerben (§ 2130) und die Erfüllung letztwilliger Anordnungen (§§ 2147, 2192).

2. Die Worte: „**nach der Eingehung der Ehe**" lassen nicht den Schluß zu, als ob auch schon vor der Eingehung der Ehe Vorbehaltsgut entstehen könne. Dieselben Worte kommen auch im § 1412 Abs 1 und § 1414 vor. Vgl. **RG** 65, 367 und § 1369 A 2.

3. **Erwerb als Vorbehaltsgut** liegt nicht vor, wenn die Frau die Erbschaft oder das Vermächtnis als Eingebrachtes erwirbt und das Erworbene erst durch Vertrag mit dem Manne als Vorbehaltsgut erklärt wird. Vgl. § 1369 A 7.

4. **Beweislast.** Der Mann hat zu beweisen, daß ein Erwerb als Vorbehaltsgut im Sinne des § 1413 vorliegt.

§ 1414

Das eingebrachte Gut haftet nicht für eine Verbindlichkeit [1]) der Frau, die nach der Eingehung der Ehe infolge eines zu dem Vorbehaltsgute gehörenden Rechtes oder des Besitzes einer dazu gehörenden Sache entsteht, es sei denn, daß das Recht oder die Sache zu einem Erwerbsgeschäfte gehört, das die Frau mit Einwilligung des Mannes selbständig betreibt [2]).

E I 1312 Nr 3 II 1313 M 4, 253 P 4, 136, 147, 155, 160, 163, 183, 207.

1. **Verbindlichkeiten der fraglichen Art** sind z. B. die Pflicht zur Entrichtung der auf dem Vorbehaltsgute ruhenden Reallasten (§ 1105), Steuern und Abgaben, die Herausgabepflicht im Falle der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) und die Verbindlichkeiten zur Erfüllung der auf Gegenstände des Vorbehaltsguts gerichteten dinglichen Ansprüche aller Art, dagegen nicht die Verbindlichkeiten aus §§ 833, 836. Vgl. § 1411 A 1. A. M. Planck § 1414 A 1.

2. **Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch die Frau** § 1405.

§ 1415

[1])Im Verhältnisse der Ehegatten zueinander fallen dem Vorbehaltsgute zur Last:

1. die Verbindlichkeiten[2]) der Frau aus einer unerlaubten Handlung, die sie während der Ehe begeht, oder aus einem Strafverfahren, das wegen einer solchen Handlung gegen sie gerichtet wird[3]);
2. die Verbindlichkeiten[4]) der Frau aus einem sich auf das Vorbehaltsgut beziehenden Rechtsverhältnis, auch wenn sie vor[5]) der Eingehung der Ehe oder vor[5]) der Zeit entstanden sind, zu der das Gut Vorbehaltsgut geworden ist;
3. die Kosten[6]) eines Rechtsstreits, den die Frau über eine der in Nr. 1, 2 bezeichneten Verbindlichkeiten führt[7]).

E I 1316 Abs 2 Nr 1—3 II 1314 M 4, 260 ff., P 4, 136, 149, 157, 160, 183, 207; 6, 277.

1. Die **Gläubiger der Frau** können nach ihrer Wahl Befriedigung aus dem eingebrachten Gute gemäß § 1411 oder aus dem Vorbehaltsgute verlangen. Im Verhältnisse der Ehegatten untereinander muß aber eine Ausgleichung stattfinden, § 1417. Die Regel ist, daß Verbindlichkeiten, wegen deren Befriedigung aus dem eingebrachten Gute verlangt werden kann, im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem eingebrachten Gute zur Last fallen. Von dieser Regel sind die in §§ 1415, 1416 bezeichneten Verbindlichkeiten ausgenommen. Sie fallen im Verhältnisse der Ehegatten untereinander dem Vorbehaltsgute zur Last.

2. Zu solchen **Verbindlichkeiten** gehören z. B. die Verpflichtung zum Schadensersatze, zur Entrichtung einer Geldstrafe oder Buße und zur Tragung der Kosten eines Strafverfahrens. Für die Kosten der Verteidigung der Frau kommt zunächst § 1387 Nr 2 in Betracht. Kosten, die durch die Unterbringung und Verpflegung der Frau in einer Strafanstalt erwachsen, hat der Mann auf Grund seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht zu tragen. Sie fallen im Verhältnisse der Ehegatten dem eingebrachten Gute zur Last, falls der Mann sie nicht bezahlen kann.

3. **Während der Ehe.** Verbindlichkeiten aus früher begangenen unerlaubten Handlungen fallen im Verhältnisse der Ehegatten dem eingebrachten Gute der Frau zur Last. Ein Strafverfahren, das wegen einer vor der Eheschließung begangenen unerlaubten Handlung stattfindet, fällt nicht hierunter. Die Frau muß die unerlaubte Handlung begangen haben, Beschuldigung allein genügt nicht.

4. Zu solchen **Verbindlichkeiten** gehören z. B. die Verpflichtungen der Frau aus Rechtsgeschäften, die sich auf das Vorbehaltsgut beziehen (§ 1370) und mit Zustimmung des Mannes vorgenommen oder ihm gegenüber ohne seine Zustimmung wirksam sind, namentlich die Verbindlichkeiten der Frau aus dem selbständigen Betrieb eines mit Einwilligung des Mannes betriebenen Erwerbsgeschäftes (§§ 1367, 1405, 1414), sowie die gesetzliche Unterhaltspflicht der Frau (§ 1386 A 6), insoweit sie durch den Besitz von Vorbehaltsgut begründet oder vergrößert wird und daher eine verhältnismäßige Verteilung auf das Vorbehaltsgut und das eingebrachte Gut erforderlich macht.

5. **Beispiele:** Die vor jenem Zeitpunkte fällig gewordenen Leistungen auf Grund einer Reallast, die auf einem zum Vorbehaltsgute gehörenden Grundstücke ruht, ferner die auf einem solchen Grundstücke lastenden vorehelichen Schulden. Vgl. § 1385 A 6, § 1386 A 9.

6. Begriff der Kosten § 1387 A 2.

7. In welcher Parteirolle die Frau den Rechtsstreit führt, ist nebensächlich.

§ 1416

[1])Im Verhältnisse der Ehegatten zu einander fallen die Kosten[2]) eines Rechtsstreits[3]) zwischen ihnen[4]) dem Vorbehaltsgute zur Last, soweit nicht der Mann sie zu tragen hat[5]).

Das Gleiche[6]) gilt von den Kosten eines Rechtsstreits zwischen der Frau und einem Dritten, es sei denn, daß das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam ist[7]). Betrifft jedoch der Rechtsstreit eine persönliche Angelegenheit[8]) der Frau oder eine nicht unter die Vorschriften des § 1415 Nr. 1, 2 fallende Verbindlichkeit, für die das eingebrachte Gut haftet[9]), so findet diese Vorschrift[10]) keine Anwendung, wenn die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten ist[11]).

E I 1316 Abs 2 Nr 4 II 1315 M 4, 264 P 4, 136, 149, 157, 160, 183, 208.

1. Der § 1416 regelt die **Kostenfrage** zwar nur in bezug auf das innere Verhältnis des Vorbehaltsgutes zum eingebrachten Gute und hat zunächst nur die Ausgleichung der

beiden Massen unter sich (§ 1417) im Auge; aber für die Tragweite des § 1416 kommen auch § 1387 Nr 1 und § 1388 (Verpflichtungen des Ehemannes gegenüber der Frau und den Gläubigern der Frau) in Betracht.

2. Begriff der Kosten § 1387 A 2.

3. Begriff des Rechtsstreits § 1387 A 3.

4. **Gegenstand eines Rechtsstreits** zwischen Ehegatten kann z. B. Ehescheidung, Eheanfechtung, Herstellung des ehelichen Lebens, Gewährung des Unterhalts, Herausgabe der Kinder, Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes, Herausgabe des Vorbehaltsgutes oder Sicherheitsleistung sein.

5. **Der Mann hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen,** wenn er dazu nach den Prozeß- und Kostengesetzen verpflichtet ist, sei es, daß er der Frau gegenüber in der Hauptsache unterliegt oder aus einem andern Grunde als kostenpflichtige Partei anzusehen ist. Kann der Mann die Kosten nicht aus eigenen Mitteln zahlen, so fallen sie dem eingebrachten Gute zur Last.

6. **Das Gleiche** — nämlich, daß die Kosten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Vorbehaltsgute zur Last fallen.

7. Ist das **Urteil dem Manne gegenüber** in Ansehung des eingebrachten Gutes **wirksam,** z. B. bei erteilter oder entbehrlicher Zustimmung (§ 1400 A 3, 4), so fallen die Kosten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem eingebrachten Gute zur Last, vorausgesetzt, daß nicht ein Fall des § 1415 vorliegt.

8. **Persönliche Angelegenheit der Frau.** Z. B. im Falle der Doppelehe die Anfechtung der früheren Ehe (§ 1326) im Wege der Klage oder Widerklage, ferner die Einlassung auf eine Nichtigkeitsklage gegen ein früheres Scheidungsurteil (§ 1309 Abs 2).

9. Ob **für die Verbindlichkeit das eingebrachte Gut haftet,** ist nach §§ 1411—1414 zu beurteilen.

10. **Diese Vorschrift** — nämlich, daß die Kosten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Vorbehaltsgute zur Last fallen.

11. Solchenfalls treffen die Kosten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander das eingebrachte Gut.

§ 1417

[1])Wird eine Verbindlichkeit, die nach den §§ 1415, 1416 dem Vorbehaltsgute zur Last fällt, aus dem eingebrachten Gute berichtigt[2]), so hat die Frau aus dem Vorbehaltsgute, soweit dieses reicht[3]), zu dem eingebrachten Gute Ersatz zu leisten[4]).

Wird eine Verbindlichkeit der Frau, die im Verhältnisse der Ehegatten zueinander nicht dem Vorbehaltsgute zur Last fällt, aus dem Vorbehaltsgute berichtigt[2]), so hat der Mann aus dem eingebrachten Gute, soweit dieses reicht[3]), zu dem Vorbehaltsgut Ersatz zu leisten[4]).

E I 1316 Abs 3 II 1316 M 4, 260, 266 P 4, 136, 149, 157, 160, 183, 207.

1. Der § 1417 regelt die **Ausgleichung des Vorbehaltsguts und des eingebrachten Gutes** im Verhältnisse der Ehegatten untereinander für den Fall, daß die eine Masse auf Kosten der andern eine Mehrung, bezw. zugunsten der andern eine Minderung erfahren hat. Daraus ergibt sich zugleich, daß die Verwirklichung der Ausgleichung abweichend von § 1394 schon *während* der Verwaltung und Nutznießung gerichtlich geltend gemacht werden kann. Vgl. § 1394 A 3.

2. **Berichtigt** wird eine Verbindlichkeit nicht nur durch Erfüllung, Hinterlegung und Aufrechnung, sondern auch durch Vereinigung von Schuld und Forderung in der Person der Frau.

3. Ist **ersatzpflichtiges Gut** nicht vorhanden oder reicht es zum Ersatze nicht aus, so entfällt insoweit die Ersatzpflicht der Frau. Eine dieses Maß überschreitende *persönliche* Ersatzpflicht der Frau gegenüber dem Manne besteht nicht. Unberührt bleibt die persönliche Verpflichtung des Mannes zur Tragung der in §§ 1384—1387 bezeichneten Lasten.

4. **Schuldvolle Nichterfüllung** der **Ersatzpflicht** begründet nach allgemeinen Grundsätzen Anspruch auf Schadensersatz.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung[1])

1. Die §§ 1418—1420 regeln Fälle, in denen die Verwaltung und Nutznießung des Mannes aufhört. Selbstverständlich endigt dieser Güterstand auch mit der *Auflösung der Ehe* (Tod eines Ehegatten, Scheidung der Ehe und Wiederverheiratung eines Ehe-

gatten im Falle der Todeserklärung des andern Ehegatten). Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575) steht der Scheidung gleich, § 1568. Wird die eheliche Gemeinschaft nach der Aufhebung wiederhergestellt, so tritt Gütertrennung ein, § 1587. Im Falle der Nichtigkeitserklärung der Ehe wird festgestellt, daß die Ehe nie bestanden habe, mithin auch die eheliche Verwaltung und Nutznießung nie eingetreten ist. In diesem Falle sind für die Vermögensauseinandersetzung die allgemeinen Grundsätze (über Rückforderung, Auftrag, auftragslose Geschäftsführung) maßgebend. Tatsächliches Getrenntleben der Ehegatten berührt, auch wenn es gerichtlich gestattet ist (§ 627 ZPO), an sich den Güterstand nicht, unbeschadet der Befugnis des Gerichts zum Erlaß einstweiliger Verfügungen (§ 940 ZPO, § 1418 A 11). Selbstverständlich kann auch durch Ehevertrag die Beendigung der Verwaltung und Nutznießung bestimmt werden, § 1432. Dagegen ist es unzulässig, daß der Mann einseitig auf die Verwaltung und Nutznießung im ganzen verzichtet. Vgl. § 1468 A 1 (Beendigung der Gütergemeinschaft).

§ 1418

Die Frau[1]) kann auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung klagen[2]).

1. **wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Frau nach § 1391[3]) Sicherheitsleistung verlangen kann[4]);**
2. **wenn der Mann seine Verpflichtung[5]), der Frau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen Unterhalt zu gewähren, verletzt[6]) hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist. Eine Verletzung[6]) der Unterhaltspflicht liegt schon dann vor, wenn der Frau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen nicht mindestens der Unterhalt gewährt wird, welcher ihnen bei ordnungsmäßiger Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes zukommen würde[7]);**
3. **wenn der Mann entmündigt ist[8]);**
4. **wenn der Mann nach § 1910 zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten[9]) einen Pfleger erhalten hat;**
5. **wenn für den Mann ein Abwesenheitspfleger[10]) bestellt und die baldige Aufhebung der Pflegschaft nicht zu erwarten ist.**

Die Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung tritt mit der Rechtskraft des Urteils[11]) ein[12])[13]).

E I 1327 Abs 1 Nr 2, 1328 II 1317 M 4, 295 ff., P 4, 136, 149, 155, 163, 184, 194, 210, 848.

1. **Hat die Frau** einen gesetzlichen Vertreter, so steht das Klagerecht nur diesem zu, §§ 51 ff. ZPO. Vgl. auch § 1364. Der Rechtsstreit ist keine Ehesache.

2. **Die Klage** ist in den Fällen zu 1 und 2 gegen den Mann, im Falle zu 3 gegen den Vormund und in den Fällen zu 4 und 5 gegen den Pfleger zu richten. Im Falle zu 4 (Pflegschaft wegen Gebrechlichkeit) bleibt der Mann zwar prozeßfähig und kann daher auch verklagt werden, aber er steht, wenn er im Rechtsstreite durch einen Pfleger vertreten wird, nach § 53 ZPO für den Rechtsstreit einer nicht prozeßfähigen Person gleich. Mit der Klage aus § 1418 können Klagen aus § 1421 verbunden werden (RG 18. 4. 04 IV 137/04). Das Verfahren in Ehesachen (§§ 606—639 ZPO) findet keine Anwendung. Zuständig ist für die Klage aus § 1418 das Landgericht, da es sich um einen nicht vermögensrechtlichen Anspruch handelt, §§ 23, 70 Abs 1 GVG. Die Klage kann der Mann durch Erbieten zum Abschluß eines die Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung bestimmenden Ehevertrags abwenden. Durch Herausgabe des eingebrachten Gutes allein genügt er dem Klagebegehren nicht (RG Gruch 53, 697). Der Streitwert der Klage aus § 1418 ist gemäß § 3 ZPO frei zu schätzen (RG 7. 11. 04 IV B 404/04). Wegen Anfechtung von Eheverträgen vgl. § 1391 A 12.

3. **Voraussetzungen** des § 1391, sei es nach Abs 1, sei es nach Abs 2. Vgl. die Erl. zu § 1391.

4. Nicht nötig ist, daß die Frau zuvor **Sicherheitsleistung** wirklich verlangt. Hat aber der Mann ausreichende Sicherheit geleistet, so ist eine Klage auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung unstatthaft. — Hat die Ehefrau die Rechte, die ihrem Ehemanne gesetzlich an ihrem eingebrachten Gute zustehen, dem Ehemanne gegenüber insofern erweitert, als sie ihm bezüglich bestimmter Wertpapiere im voraus von der nach gesetzlichen Vorschriften (§§ 1375, 1376, 1377) sonst eintretenden Verpflichtung des Mannes zur Einholung der Zustimmung seiner Ehefrau befreit hat, so ist dieses Rechtsverhältnis nicht ohne weiteres durch die Fortdauer guter Beziehungen der Eheleute zu einander bedingt. Die Ehefrau ist aber berechtigt, diese

dem Ehemanne gunstweise eingeräumten Befugnisse wieder einseitig zu entziehen, so daß der Ehemann künftig über die bezeichneten Sachen nur in der gesetzlich zulässigen Weise verfügen darf, insbesondere wieder an eine ordnungsmäßige Verwaltung im Sinne des Gesetzes gebunden ist. Gänzliche Aufhebung der Verwaltung kann sie nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen erlangen (**RG** 26. 3. 06 IV 477/05).

5. Für die **Unterhaltspflicht** sind die §§ 1360, 1361, 1601—1603 maßgebend.

6. **Verletzung der Unterhaltspflicht** liegt schon dann vor, wenn auch nur einem Unterhaltsberechtigten das Mindestmaß des Unterhalts nicht gewährt wird. Verschulden des Mannes wird nicht vorausgesetzt.

7. Nr 2 Satz 2 enthält eine Folge und Verschärfung des § 1389 Abs 2.

8. Die **Entmündigung** des Mannes hat nicht schon kraft Gesetzes die Beendigung der Nutznießung und Verwaltung zur Folge. Vgl. § 1409 A 2. Entmündigt ist der Mann in dem Zeitpunkte, in welchem nach §§ 661, 683 Abs 2 ZPO der die Entmündigung aussprechende Beschluß in Wirksamkeit tritt. Auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung darf nicht erkannt werden, wenn zur Zeit der Urteilsfällung der Entmündigungsbeschluß mit Erfolg angefochten (§§ 672, 684 ZPO) oder Wiederaufhebung der Entmündigung (§§ 675 ff., §§ 685 ff.) erfolgt ist. Geeignetenfalls ist das Verfahren auszusetzen, § 148 ZPO.

9. Die **Vermögensangelegenheiten** des Mannes bilden einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten. Letzterer muß der Gegenstand der **Pflegschaft** geworden sein, ob mit Ausschluß oder mit Einschluß anderer Angelegenheiten (z. B. der Sorge für die Person) ist belanglos. Es genügt nicht, wenn von den Vermögensangelegenheiten des Mannes nur einzelne einem Pfleger übertragen sind.

10. **Abwesenheitspflegschaft.** Aus welchem der in § 1911 aufgeführten Gründe der Abwesenheitspfleger bestellt ist, macht keinen Unterschied. A. M. Planck A 7, Ullmann S 291. Hat der Mann zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten, insbesondere zur Ausübung der Verwaltung und Nutznießung einen Bevollmächtigten bestellt (§ 1408 A 2), so liegt ein Anlaß zur Bestellung eines Abwesenheitspflegers nur unter den besonderen Umständen des § 1911 Abs 1 Satz 2 vor und in diesem Falle ist auch die Klage der Frau auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung gerechtfertigt.

11. Das **Urteil** hat rechtsgestaltende Wirkung und kann nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. — Es genügt, daß die Voraussetzungen, unter denen auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung zu erkennen ist, zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, vorliegen (**RG** Warn 08 Nr 162).

12. **Beendigung des Güterstandes.** Endigt die Verwaltung und Nutznießung auf Grund des § 1418, so tritt nach § 1426 Gütertrennung ein. Diese ist Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam, § 1431. Zur Eintragung in das Güterrechtsregister genügt der Antrag der Ehefrau, § 1561 Abs 3 Nr 1. Vorläufige Aufhebung des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung durch einstweilige Verfügung ist nicht statthaft. Die gesetzlichen Vorschriften über Beginn und Beendigung der Güterstände können nicht im Wege einstweiliger Verfügungen abgeändert werden. Wohl aber können auf diesem Wege zum Schutze der Frau die Einzelbefugnisse des Mannes in weitgehendem Maße beschränkt werden. — Der Mann ist zur Herausgabe des eingebrachten Gutes in dem im § 1422 bezeichneten Umfange auch dann verpflichtet, wenn die Klage der Frau auf Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung zwar begründet ist, der Güterstand aber während des Rechtsstreits aus andern Gründen, z. B. infolge Ehescheidung aufgehört hat (**RG** 70, 61).

13. **Übergangsrecht.** Wegen Berücksichtigung der vor dem 1. Januar 1900 liegenden Vorgänge vgl. § 1391 A 2 a. E. Wenn eine Ehefrau nach dem bisherigen Rechte (A LR) nur den Anspruch auf Sicherstellung wegen ihres Eingebrachten, nicht auch den auf Rückgewähr des Eingebrachten hatte, so hat sich ihr Recht auf Sicherheitsleistung in seinem Fortbestande über den 31. 12. 99 hinaus ohne das Hinzutreten neuer Tatumstände nicht zu einem Rechte auf Entziehung der Verwaltung und Nutznießung (§ 1418 Nr 1 BGB) erweitert. Eine derartige Rückwirkung darf dem neuen Rechte nicht beigemessen werden. Die landesgesetzliche Überleitung des bisherigen Güterstandes in den des BGB bringt bei unveränderter Sachlage diese der Ehefrau bisher fehlende Befugnis nicht mit sich (**RG** 8. 12. 02 IV 258/02).

§ 1419

Die Verwaltung und Nutznießung endigt[1]**) mit der Rechtskraft**[2]**) des Beschlusses, durch den der Konkurs**[3]**) über das Vermögen**[4]**) des Mannes**[5]**) eröffnet wird.**

E I 1327 Abs 1 Nr 3 II 1318 M 4, 291 ff., P 4, 1 31281, 34,, 155 73 19

1. **Beendigung des Güterstandes.** Die Verwaltung und Nutznießung des Mannes endigt mit der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses, ohne daß es eines Antrags der Frau

bedarf. Bis zum Eintritte der Rechtskraft dauert die Verwaltung und Nutznießung des Mannes fort, obwohl die Wirkungen des Konkurses schon mit der Erlassung des Eröffnungsbeschlusses eintreten. Das Recht des Mannes am eingebrachten Gute und die auf Grund dieses Rechtes von ihm gewonnenen Früchte (mit Einschluß der nach § 861 ZPO pfändbaren) gehören überhaupt nicht zur Konkursmasse, § 1408 BGB, § 1 Abs 1 KO. Bei der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung verbleibt es, gleichviel ob und wie das Konkursverfahren durchgeführt wird. Endigt die Verwaltung und Nutznießung auf Grund des § 1419, so tritt nach § 1426 Gütertrennung ein. Diese ist Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam, § 1431. Zur Eintragung in das Güterrechtsregister genügt der Antrag der Ehefrau, § 1561 Abs 3 Nr 1. Durch Ehevertrag kann der frühere Güterstand wieder eingeführt werden.

2. Eintritt der **Rechtskraft** § 705 ZPO, §§ 72, 109 KO.

3. Daß der Mann den **Konkurs** verschuldet habe, wird nicht verlangt.

4. Das dem **Manne gehörige Vermögen** schlechthin muß Gegenstand des Konkurses geworden sein. Die Eröffnung eines Sonderkonkurses nach §§ 207—238 KO (z. B. über Gesellschaftsvermögen, Nachlaß) genügt nicht. Wegen des Konkurses über das Vermögen der Frau vgl. § 1411 A 2.

§ 1420

[1])Die Verwaltung und Nutznießung endigt[2]), wenn der Mann[3]) für tot erklärt wird, mit dem Zeitpunkte, der[4]) als Zeitpunkt des Todes gilt[5]).

E I 1327 Abs 1 Nr 4 II 1319 M 4, 293 P 4, 137, 149, 155, 183, 213.

1. **Bedeutung der Vorschrift.** Hinsichtlich verschiedener Rechtsbeziehungen des Verschollenen hat der Gesetzgeber der Todeserklärung weitergehende Wirkungen beigelegt, als ihr auf Grund des § 18 zukämen. Hierher gehört auch § 1420 mit § 1425. Die Bedeutung dieser Vorschriften besteht darin, daß mit dem in der Todeserklärung festgestellten Zeitpunkte die Verwaltung und Nutznießung des Mannes endigt, auch wenn die Vermutung, daß der Ehemann in jenem Zeitpunkte gestorben sei, sich als unrichtig erweist, und daß, wenn der für tot Erklärte noch lebt, die Wiederherstellung seiner Rechte nur auf dem Wege einer Klage erfolgen kann (RG 60, 169).

2. **Beendigung des Güterstandes.** Die Verwaltung und Nutznießung des Mannes endigt, ohne daß es eines Antrags der Frau bedarf. Bei der Beendigung verbleibt es, auch wenn der Mann zurückkehrt oder doch die Todeserklärung überlebt. Mit dem Zeitpunkte der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung tritt nach § 1426 Gütertrennung ein. Diese ist Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam, § 1431. Zur Eintragung in das Güterrechtsregister genügt der Antrag der Ehefrau, § 1561 Abs 3 Nr 1. Der Mann kann jedoch auf Wiederherstellung seiner Rechte klagen, § 1425 Abs 1 Satz 2. Schließt freilich die Frau eine neue Ehe, so wird nach § 1348 Abs 2 die frühere Ehe aufgelöst und dadurch ein neuer Beendigungsgrund geschaffen. Vorbem vor § 1418.

3. Wird die Frau für tot erklärt, so gelten die allgemeinen Grundsätze, insbesondere §§ 18, 2370.

4. Welcher Zeitpunkt als **Zeitpunkt des Todes** zu gelten hat, wird gemäß § 18 Abs 2 BGB und § 970 Abs 2 ZPO im Todeserklärungsurteile festgestellt.

5. **Anfechtung der Todeserklärung.** Wird infolge einer Anfechtungsklage die Todeserklärung aufgehoben oder eine andere Todeszeit festgestellt, so wirkt das Urteil für und gegen alle, § 976 Abs 3 ZPO. Nach diesem Urteile regeln sich auch die güterrechtlichen Verhältnisse. Der Anwendung des § 2370 steht der Umstand entgegen, daß die Ehefrau das eingebrachte Gut nicht erbt, sondern als ihr Eigentum zurückempfängt. — War der Tod des Mannes ohne Todeserklärung zu Unrecht angenommen worden, z. B. auf Grund einer unrichtigen Sterbeurkunde, so bleibt für die Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse die wirkliche Sachlage maßgebend.

§ 1421

Nach[1]) der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung hat[2]) der Mann das eingebrachte Gut[3]) der Frau herauszugeben und ihr über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen[4]). Auf die Herausgabe eines landwirtschaftlichen Grundstücks findet die Vorschrift des § 592, auf die Herausgabe eines Landguts finden die Vorschriften der §§ 592, 593 entsprechende Anwendung[5]).

E I 1292, 1007, 1009, 1324 Abs 1, 591, 593 II 1320 M 4, 183, 283 ff., P 4, 137, 149, 151, 156, 173, 192, 213; 6, 278.

1. **Zeitpunkt der Herausgabe und Rechnungslegung.** Mit der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung (vgl. Vorbem vor § 1418) entsteht die Verpflichtung des Mannes zur Herausgabe und Rechnungslegung.

2. Gesetzliche Pflicht. Da es sich um Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht des Mannes handelt, bedarf es keiner Aufforderung durch die Frau.

3. Das herauszugebende Gut. Der Mann hat alles, was zur Zeit der Herausgabe zum eingebrachten Gute gehört, herauszugeben, gleichviel in welchem Zustande es sich befindet. Aus seiner Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung (§ 1374 A 1 und 2) folgt aber weiter, daß er das eingebrachte Gut in demjenigen Zustande herausgeben muß, in dem es sich befinden würde, wenn es ordnungsmäßig verwaltet worden wäre. Sind Bestandteile des eingebrachten Gutes untergegangen oder verschlechtert, so hat der Mann entsprechenden Ersatz zu leisten, es sei denn, daß ihn kein Verschulden trifft, § 1359. Die gewöhnliche Abnutzung begründet keine Ersatzpflicht. Die Herausgabepflicht bezieht sich nur auf den Stamm des eingebrachten Gutes, nicht auf die Nutzungen. Vgl. auch §§ 101, 103 (Verteilung von Früchten und Lasten).

4. Rechnungslegung. Zu einer Rechnungslegung während der Verwaltung ist der Mann regelmäßig nicht verpflichtet. (§ 1314 A 1 und 2). Nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung aber hat er über die Verwaltung nach Maßgabe des § 259 Rechnung zu legen, gegebenenfalls ein Verzeichnis des derzeitigen Bestandes des eingebrachten Gutes (§ 260) vorzulegen und nötigenfalls den Offenbarungseid zu leisten (§ 889 ZPO § 163 FGG). Die Pflicht zur Rechnungslegung bezieht sich nur auf den Stamm des eingebrachten Gutes, nicht auf die Nutzungen.

5. Tod des Mannes. Konkurs. Im Falle des Todes des Mannes sind seine Erben zur Herausgabe und Rechenschaftsablage wie der Mann selbst verpflichtet. Im Falle des Konkurses über das Vermögen des Mannes hat der Verwalter nur die Pflicht, das eingebrachte Gut herauszugeben. Rechnungslegung und Leistung des Offenbarungseides bleiben Obliegenheiten des Mannes. — Wird über das Vermögen der Frau Konkurs eröffnet, so hat der Mann die Befriedigung der Gläubiger seiner Frau durch den Konkursverwalter zu dulden. **RG** 4. 4. 10 IV 301/09. Vgl. § 1411 A 2. **Beweislast.** Zwar beginnt die Verwaltung und Nutznießung des Mannes an dem eingebrachten Gute kraft Gesetzes mit der Eheschließung, allein damit ist keine gesetzliche Vermutung für die Übertragung des Besitzes an den Bestandteilen des eingebrachten Gutes von der Frau auf den Mann aufgestellt. Vielmehr muß die Frau beweisen, daß der Mann den Besitz erlangt oder zu erlangen schuldbarerweise versäumt hat. Zu diesem Zwecke kann sie sich auf das Bestandsverzeichnis (§ 1372) berufen. Dasselbe gilt von dem Nachweise des Zustandes der eingebrachten Sachen. Dagegen muß im Falle des Unterganges und der Verschlechterung eingebrachter Sachen der Mann beweisen, daß ihn kein Verschulden (§ 1359) treffe. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist geeignet, den Mann vor unbilligen Zumutungen zu schützen.

§ 1422

[1])Wird die Verwaltung und Nutznießung auf Grund des § 1418 durch Urteil[2]) aufgehoben, so ist der Mann zur Herausgabe des eingebrachten Gutes so verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe mit der Erhebung der Klage auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung rechtshängig geworden wäre[3]).

E I 1329 II 1321 M 4, 302 P 4, 137, 150, 156, 213, 438.

1. Zweck der Vorschrift. Die Vorschrift bezweckt, die Frau vor den Nachteilen zu schützen, die infolge der Dauer des Rechtsstreits und der dadurch verzögerten Erfüllung der Herausgabepflicht des Mannes entstehen. — Die Frau geht der ihr durch § 1422 gewährten Vorteile auch dann nicht verlustig, wenn sich die von ihr auf Grund des § 1418 erhobene Klage zwar für begründet erweist, aber in der Hauptsache dadurch erledigt, daß Ehe und Güterstand aus andern Gründen (z. B. durch inzwischen eintretende Ehescheidung) aufgehört haben (**RG** 70, 61. Vgl. § 1418 A 12, § 1479 A 2).

2. Urteil. Ein Scheidungsurteil fällt nicht unter § 1422.

3. Die **Herausgabepflicht** bestimmt sich demzufolge nach § 292 in Verbindung mit § 1359. Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit ist nicht nur für den Stamm des eingebrachten Gutes, sondern auch für die Nutzungen maßgebend. Dem Manne steht jedoch ein Ersatzanspruch wegen Aufwendungen für eheliche Lasten zu, § 1363 A 6.

§ 1423

[1])Hat der Mann[2]) ein zum eingebrachten Gute gehörendes Grundstück vermietet oder verpachtet, so finden, wenn das Miet- oder Pachtverhältnis

bei der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung noch besteht, die Vorschriften des § 1056 entsprechende Anwendung.

E I 1292, 1008 II 1322 M 4, 186 P 4, 137, 145, 175, 213.

1. **Zweck der Vorschrift.** Der § 1423 ist eine Ausnahme von der Regel, daß Rechtsgeschäfte, die der Mann im eigenen Namen und nicht im Namen der Frau vornimmt, ungeeignet sind, die Frau zu verpflichten, § 1375 A 1. Die Ausnahme bezweckt, dem Manne einen angemessenen Ertrag der ehelichen Nutznießung dadurch zu sichern, daß ihm die rechtliche Möglichkeit gewährt wird, eingebrachte Grundstücke ohne zeitliche Beschränkung auf die Dauer seiner Verwaltung und Nutznießung zu vermieten oder zu verpachten.

2. Der **Mann** muß bei der **Vermietung oder Verpachtung** im eigenen Namen gehandelt haben. Der § 1423 bezieht sich nicht auf Miet- und Pachtverträge, die der Mann im Namen der Frau mit deren Zustimmung (§ 1375 A 4) abgeschlossen hat. In solchen Fällen ist die Frau selbst Vermieterin oder Verpächterin.

§ 1424

[1])Der Mann ist auch nach der Beendigung[2]) der Verwaltung und Nutznießung zur Fortführung der Verwaltung[3]) berechtigt[4]), bis er von der Beendigung Kenntnis erlangt oder sie kennen muß[5]). Ein Dritter[6]) kann sich auf diese Berechtigung nicht berufen, wenn er bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts die Beendigung der Verwaltung und Nutznießung kennt oder kennen muß[5]).

Endigt die Verwaltung und Nutznießung infolge des Todes[7]) der Frau, so hat der Mann diejenigen zur Verwaltung gehörenden Geschäfte, mit deren Aufschube Gefahr verbunden ist, zu besorgen[8]), bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann.

E I 1327 Abs 2, 549 Abs 2 II 1323 M 4, 295. P 4, 137, 150, 174, 184, 214, 834.

1. **Zweck der Vorschrift.** Mit der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung erlischt die Berechtigung des Mannes zu Verwaltungshandlungen. Diese würden als von einem Nichtberechtigten vorgenommen unwirksam sein. Gegen die daraus entstehenden Nachteile soll der Mann und der mit ihm im Rechtsverkehre stehende Dritte, solange sie im guten Glauben handeln, durch § 1424 Abs 1 geschützt werden. Der Abs 2 bezweckt für den Fall des Todes der Frau den Schutz ihres Erben.

2. **Beendigung des Güterstandes.** Die Vorschrift des Abs 1 umfaßt sämtliche Beendigungsfälle. Vgl. Vorbem 1 vor § 1418.

3. Die Berechtigung zur **Fortführung der Verwaltung** schließt nicht die Berechtigung zum Fortbezuge der Nutzungen in sich. Da es sich um Fortführung der Verwaltung handelt, haftet der Mann wie früher nur nach § 1359 und kann für Aufwendungen nach § 1390 Ersatz verlangen.

4. Nur das **Verwaltungsrecht**, nicht die Verwaltungspflicht (§ 1374 A 1) dauert fort. Jenes gilt (wie bei der Beendigung eines Auftrags nach § 674) zugunsten des Mannes als fortbestehend und zwar sowohl der Frau als auch Dritten gegenüber. Vgl. A 6.

5. § 122 Abs 2.

6. Das als fortbestehend geltende Verwaltungsrecht des Mannes wirkt nicht zugunsten eines **Dritten**, der die Beendigung der Verwaltung und Nutznießung kennt oder kennen muß (wie § 169).

7. Der **Tod und die Todeserklärung der Frau** haben dieselben Folgen (wie § 672). Wegen des Todes des Mannes vgl. § 1421 A 5.

8. Für Haftung und Ersatzansprüche des Mannes gilt das in A 3 Gesagte.

§ 1425

Wird die Entmündigung[1]) oder Pflegschaft[2]), wegen deren die Aufhebung[3]) der Verwaltung und Nutznießung erfolgt ist, wieder aufgehoben[4]) oder wird der die Entmündigung aussprechende Beschluß mit Erfolg angefochten[5]), so kann[6]) der Mann auf Wiederherstellung seiner Rechte klagen[7]). Das Gleiche gilt, wenn der für tot erklärte Mann noch lebt[8]).

Die Wiederherstellung[9]) der Rechte des Mannes tritt mit der Rechtskraft des Urteils[10]) ein. Die Vorschrift des § 1422 findet entsprechende Anwendung[11]).

Im Falle der Wiederherstellung wird Vorbehaltsgut, was ohne die Aufhebung der Rechte des Mannes Vorbehaltsgut geblieben oder geworden[12]) sein würde[13]).

E I 1331, 1332 II 1324 M 4, 303 P 4, 137, 150, 156, 161, 183, 214.

1. **Entmündigung.** § 1418 A 8.

2. **Pflegschaft.** § 1418 A 9, 10.

3. **Aufhebung.** Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob die Verwaltung und Nutznießung wegen der Entmündigung, beziehungsweise Pflegschaft durch Urteil oder durch Ehevertrag aufgehoben worden war (§ 1418 A 2).

4. **Wiederaufhebung der Entmündigung,** vgl. §§ 675 ff., §§ 685 ff. ZPO. Wiederaufhebung der **Pflegschaft** in den Fällen des § 1418 Abs 1 Nr 4, 5 vgl. §§ 1920, 1921.

5. **Anfechtung.** §§ 672, 684 ZPO.

6. **Befugnis des Mannes.** Der Mann kann die Befugnis, Wiederherstellung seiner Rechte zu verlangen, jederzeit ausüben. Er ist an keine Frist gebunden. Kraft Gesetzes tritt Wiederherstellung seiner Rechte nicht ein und er kann auf sie verzichten. Anderseits ist seine Befugnis auf die im Abs 1 bezeichneten Fälle beschränkt, insbesondere nicht auf den Fall der Beendigung des Konkurses ausgedehnt, § 1419 A 1.

7. **Die Klage** ist gegen die Frau zu richten. Mit der Klage auf Wiederherstellung kann die Klage auf Herausgabe des eingebrachten Gutes verbunden werden. Verbindung einer dieser Klagen mit der Klage auf Aufhebung oder Wiederaufhebung der Entmündigung ist unzulässig, §§ 667, 679 Abs 4, 686 Abs 4 ZPO. Das Verfahren in Ehesachen (§§ 606—639 ZPO) findet keine Anwendung. Zuständig ist das Landgericht, da es sich um einen nicht vermögensrechtlichen Anspruch handelt (§§ 23, 70 Abs 1 GVG). Die Klage kann die Frau durch Erbieten zum Abschluß eines die Verwaltung und Nutznießung bestimmenden Ehevertrags abwenden.

8. **Todeserklärung des Mannes.** Vgl. § 1420 A 1 und 2.

9. Die **Wiederherstellung der Rechte des Mannes** bewirkt, daß der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung wieder eintritt. Demzufolge hat die Frau ihr ganzes Vermögen (§ 1363 A 2) außer ihrem Vorbehaltsgute dem Manne herauszugeben. Die in der Zwischenzeit von der Frau mit Wirksamkeit gegenüber dem Manne und Dritten getroffenen Verfügungen bleiben wirksam. Die Wiederherstellung der Verwaltung und Nutznießung ist, wenn die Aufhebung in das Güterrechtsregister eingetragen worden war, Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam (§ 1431 Abs 2).

10. Das **Urteil** hat rechtsgestaltende Wirkung und kann nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. (Vgl. § 1418 A 11). Im Wege einer einstweiligen Verfügung können die Rechte des Mannes nicht wieder hergestellt werden, § 1418 A 12.

11. Der **Zeitpunkt der Rechtshängigkeit** des Anspruchs auf Wiederherstellung ist für die Herausgabepflicht maßgebend. Nach diesem Zeitpunkte bestimmt sich die Haftung der Frau gegenüber dem Manne für Untergang und Verschlechterung des eingebrachten Gutes (§ 292) gezogene Nutzungen, sowie die Ausgleichung zwischen eingebrachtem Gute und Vorbehaltsgut auf Grund der §§ 1415—1417.

12. **Vorbehaltsgut.** Z. B. in den Fällen der §§ 1367, 1370.

13. **Die Beweislast** trifft die Frau, § 1365 A 1.

5. Gütertrennung

§ 1426

[1])Tritt nach § 1364 die Verwaltung und Nutznießung des Mannes nicht ein oder endigt sie auf Grund der §§ 1418 bis 1420, so tritt Gütertrennung ein. Für die Gütertrennung[2]) gelten die Vorschriften der §§ 1427 bis 1431[3]).

E I, 1284, 1330 Halbs 1 II 1325 M 4, 164, 302 P 4, 124, 150 156, 214, 222.

1. **Gütertrennung** kann durch Ehevertrag vereinbart werden oder kraft Gesetzes eintreten. Kraft Gesetzes tritt Gütertrennung in den Fällen der §§ 1364, 1418—1420 (dazu § 1426 Abs 1), 1470 Abs 1, 1545 Abs 1, 1549 und 1587 ein. Gütertrennung ist daher ebenso wie Verwaltung und Nutznießung des Mannes ein gesetzlicher Güterstand. Da Gütertrennung aber nur in vereinzelten Fällen eintritt, Verwaltung und Nutznießung des Mannes vielmehr die Regel bildet, ist letztere als der gesetzliche Güterstand des Bürgerlichen Gesetzbuches anzusehen.

2. Das **Wesen der (vertragsmäßigen oder gesetzlichen) Gütertrennung** besteht in der Ausschließung des gesetzlichen Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung des Mannes, also darin, daß die den letzteren Güterstand regelnden §§ 1363—1425 nicht gelten sollen. Die Eheschließung hat zwar auch bei Gütertrennung die allgemeinen Wirkungen (§§ 1353—1362)

zur Folge, aber die Ehefrau bleibt so, als wäre sie unverheiratet, Herrin ihres Vermögens. Sie kann darüber, abgesehen von den Ausnahmebestimmungen in den §§ 1427—1430, ohne Zustimmung des Mannes verfügen und haftet nicht für dessen Schulden. Sie bedarf weder zur Eingehung einer Verbindlichkeit noch zur Führung eines Rechtsstreits der Zustimmung des Mannes. Anderseits haftet der Mann nicht für die Schulden der Frau und ihn trifft keine Pflicht, die Kosten eines von der Frau geführten Rechtsstreits zu tragen, beziehungsweise vorzuschießen.

3. Der Abs 2 bezieht sich nicht allein auf die im Abs 1 bezeichneten, sondern auf alle Fälle der Gütertrennung. Vgl. A 1. Die bei der Gütertrennung für das Vermögen der Frau geltenden Vorschriften finden auf das Vorbehaltsgut der Frau gemäß §§ 1371, 1441, 1526 Abs 3, 1549 entsprechende Anwendung.

§ 1427

Der Mann hat den ehelichen Aufwand[1]) zu tragen.

Zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes hat die Frau dem Manne einen angemessenen[2]) Beitrag[3]) aus den Einkünften[4]) ihres Vermögens und dem Ertrag ihrer Arbeit[5]) oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts[6]) zu leisten[7]). Für die Vergangenheit kann der Mann die Leistung nur insoweit verlangen, als die Frau ungeachtet seiner Aufforderung mit der Leistung im Rückstande geblieben ist. Der Anspruch des Mannes ist nicht übertragbar[8]).

E I 1339 Abs 1—3 II 1326 M 4, 322 P 4, 214, 222; 6, 278.

1. Begriff des ehelichen Aufwandes, § 1389 A 2. In gleichem Sinne wird der Ausdruck „ehelicher Aufwand" in den §§ 1371, 1389, 1441, 1458, 1529 gebraucht. Die Pflicht des Mannes zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes folgt aus seiner Stellung als Haupt der ehelichen Gemeinschaft, ist also von der Frage, welches Güterrecht unter den Eheleuten herrscht, nicht abhängig. — Bei bestehender Gütertrennung trifft den Mann nur in dem Ausnahmefalle des § 1430 die Pflicht, für die Frau die Kosten eines von ihr geführten Rechtsstreits zu zahlen oder vorzuschießen, **RG** 12. 3. 08 B IV 311/07.

2. Über die **Angemessenheit** des Beitrags, **Art** und **Zeit** der Beitragsleistung entscheidet im Streitfalle das Prozeßgericht, nicht das Vormundschaftsgericht.

3. Die **Beitragspflicht der Frau** beruht auf der Annahme, daß die Einführung der Gütertrennung (sei es durch Gesetz, sei es durch Vertrag) regelmäßig nur bezweckt, der Ehefrau durch Ausschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes die selbständige Verwaltung ihres Vermögens zu sichern, nicht aber, sie von der natürlichen Pflicht, die ehelichen Lasten mitzutragen, überhaupt zu entbinden. Als regelmäßige Form für Erfüllung dieser Pflicht erscheint die Verwaltung und Nutznießung des Mannes beim gesetzlichen Güterstande. Die Beitragspflicht bei der Gütertrennung ist nur eine andere Form für diese Pflichterfüllung. Die Eheleute können durch Ehevertrag die Beitragspflicht der Frau regeln, auch gänzlich ausschließen. — Der Beitrag kann auch in anderer Art, als auf die in § 1427 bezeichneten Arten geleistet werden, insbesondere in der Form, daß die Frau zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes aus ihrem Vermögen eine Aufwendung macht oder dem Manne aus ihrem Vermögen etwas überläßt. Regelmäßig wird dann nach § 1429 anzunehmen sein, daß die Frau nicht die Absicht hat, Ersatz zu verlangen, **RG** JW 09, 660[12].

4. Aus dem **Stamme ihres Vermögens** braucht die Frau nichts beizutragen. Ihre Pflicht, zwecks Unterhaltsgewährung nach § 1360 Abs 2 unter Umständen den Stamm ihres Vermögens anzugreifen, bleibt unberührt. Das Recht der Eltern der Frau auf Nutznießung des Vermögens der Tochter aus §§ 1661 Satz 2, 1686 geht dem Anspruche des Mannes aus § 1427 vor. § 1605 leidet keine sinnentsprechende Anwendung.

5. Arbeit ist hier in gleichem Sinne wie im § 1367 gebraucht. Vgl. § 1367 A 2.

6. Erwerbsgeschäft. Vgl. § 1405 A 5 und § 1367 A 3.

7. Getrenntleben. Die Beitragspflicht der Frau erlischt nicht dadurch, daß sie von ihrem Ehemanne getrennt lebt und die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft mit Recht verweigert. Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Gesetzes bieten keinerlei Anhalt dafür, daß unter dem ehelichen Aufwande nur der durch die tatsächliche Ausübung der ehelichen Lebensgemeinschaft, nicht schlechthin der durch den Bestand der Ehe verursachte Aufwand zu verstehen sei. So wenig beim gesetzlichen Güterstande das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes durch das tatsächliche Getrenntleben der Ehegatten beeinträchtigt wird, so wenig ist auch bei Gütertrennung die Frau berechtigt, während des Getrenntlebens den Zuschuß zu verweigern, den ihr das Gesetz als Ausgleich für die ihr selbst vorbehaltenen Vermögens-

nutzungen auferlegt (RG 13. 1. 08 IV 479/07). Die vom Manne getrennt lebende Frau ist nicht berechtigt, statt des Beitrags den Mann wie die Kinder auf Erhebung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs gegen sie zu verweisen. Die auch vom Gesetz anerkannte Regel bildet vielmehr, daß die Frau gerade durch Zahlung des Beitrags den Mann in den Stand setzt, unter anderm auch seinen Unterhaltsverpflichtungen sowohl ihr als den Kindern gegenüber nachzukommen (RG 67, 1). Vgl. § 1365 A 1.

8. Da der Anspruch des Mannes (auch auf Rückstände) **nicht übertragbar** ist, ist er gemäß § 851 ZPO auch nicht der Pfändung unterworfen und es findet gegen ihn gemäß § 394 BGB auch nicht die Aufrechnung statt. Ebensowenig gehört er zur Konkursmasse. § 1 KO.

§ 1428

[1])Ist eine erhebliche Gefährdung[2]) des Unterhalts[3]) zu besorgen, den der Mann der Frau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen zu gewähren hat, so kann die Frau den Beitrag zu dem ehelichen Aufwand insoweit zur eigenen[4]) Verwendung[5]) zurückbehalten, als er zur Bestreitung des Unterhalts erforderlich ist.

Das Gleiche gilt, wenn der Mann entmündigt[6]) ist oder wenn er nach § 1910 zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten[7]) einen Pfleger erhalten hat oder wenn für ihn ein Abwesenheitspfleger[8]) bestellt ist.

E I 1339 Abs 4, 5 II 1327 M 4, 3z4 P 4, 214, 222, 227, 848.

1. **Grundgedanke der Vorschrift.** Das Recht der Frau, den Beitrag zur eigenen Verwendung zurückzubehalten, § 1428, gründet sich auf dieselben Rücksichten, auf denen ihr Recht beruht, in den Fällen des § 1418 Abs 1 Nr 2—5 auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung zu klagen. — Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Frau ausnahmsweise den Beitrag zur eigenen Verwendung zurückbehalten darf, ist in § 1428 erschöpfend geregelt, RG JW 08, 110[9].

2. Ob eine **erhebliche Gefährdung** des Unterhalts zu besorgen ist, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Schuldbares Verhalten des Mannes ist nicht erforderlich. Dies ergibt schon der Zusammenhang des Abs 1 mit Abs 2 des § 1428 und die Verwandtschaft des § 1428 mit § 1418 Abs 1 Nr 2—5. Vgl. auch § 1391 A 2 und 6. Eine schon eingetretene Verletzung der Unterhaltspflicht (wie im § 1418 Abs 1 Nr 2) wird nicht vorausgesetzt.

3. Für den **Unterhalt** sind die §§ 1360—1361, 1601—1603 maßgebend.

4. Die Frau ist selbständig und, falls der Mann einen gesetzlichen Vertreter hat, unabhängig von dessen Ermessen befugt, den zurückbehaltenen Beitrag zum Unterhalte zu verwenden.

5. Nur durch **wirkliche Verwendung** des Beitrags zu dem Unterhalte wird die Frau von der Beitragspflicht befreit. Die **Beweislast** trifft die Frau.

6. Vgl. § 1418 A 8. 7. Vgl. § 1418 A 9. 8. Vgl. § 1418 A 10

§ 1429

Macht die Frau[1]) zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes[2]) aus ihrem Vermögen[3]) eine Aufwendung[4]) oder überläßt[4]) sie dem Manne zu diesem Zwecke etwas aus ihrem Vermögen[3]), so ist im Zweifel[5]) anzunehmen, daß die Absicht fehlt, Ersatz zu verlangen[6]).

E II 1328 M 4, 326 P 4, 130, 164, 214, 222, 224, 227.

1. Ist die Frau in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so gilt die Auslegungsregel des § 1429 nur, wenn sie die Aufwendung oder Überlassung mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bewirkt hat. Fehlt die Zustimmung, so wird ihr ein Ersatzanspruch in der Regel auf Grund der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der Bereicherung (§§ 683—685, 679, 812) zustehen.

2. Begriff des **ehelichen Aufwandes** vgl. § 1389 A 2.

3. Sei es aus dem Stamme, sei es aus den Einkünften ihres Vermögens.

4. **Aufwendungen und Überlassungen** im Rahmen der Beitragspflicht der Frau (§§ 1427, 1428) fallen nicht unter § 1429. Als Aufwendung ist auch die Eingehung einer Verbindlichkeit anzusehen.

5. Ein Antrag auf Streichung der Worte **„im Zweifel"** wurde von der Reichstagskommission abgelehnt. Dadurch sollte klargestellt werden, daß der § 1429 eine Aus-

legungsregel und nicht eine abänderungsfähige Vorschrift enthalte. Der Zweck ist, Streitigkeiten unter den Ehegatten bei der Auseinandersetzung, namentlich im Falle der Ehescheidung vorzubeugen (Prot 4, 164). Die Fassung entspricht den gleichen Regeln in § 685 Abs 2 und § 1618. — Da es sich im § 1429 nicht um eine Vermutung, sondern eine Auslegungsregel handelt, so ist der Richter, bevor er die Auslegungsregel anwendet, verpflichtet, den gesamten Sachverhalt daraufhin zu prüfen, ob nicht aus ihm eine gegenteilige Absicht der Partei zu entnehmen sei, **RG** JW 09, 660[12].

6. Für den Anspruch auf **Ersatz** ist es von Bedeutung, ob der Ehegatte zur Zeit der Aufwendungen die Absicht gehabt hat, Ersatz zu verlangen. Die Absicht braucht nicht ausdrücklich erklärt zu sein, kann vielmehr auch aus den Umständen entnommen werden, **RG** JW 09, 660[12]. § 1429 gilt auch unter getrennt lebenden Ehegatten. Vgl. § 1427 A 7. Auf den gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Mannes ist § 1429 nicht anwendbar, **RG** JW 09, 660[12].

§ 1430

[1])Überläßt[2]) die Frau[3]) ihr Vermögen ganz oder teilweise[4]) der Verwaltung des Mannes, so kann der Mann die Einkünfte[5]), die er während seiner Verwaltung bezieht, nach freiem Ermessen[6]) verwenden, soweit nicht ihre Verwendung zur Bestreitung der Kosten[7]) der ordnungsmäßigen Verwaltung[8]) und zur Erfüllung solcher Verpflichtungen[9]) der Frau erforderlich ist, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden. Die Frau kann eine abweichende Bestimmung treffen[10]).

E I 1340 Abs 1 II 1329 M 4, 324 P 4, 228.

1. **Zweck der Vorschrift.** Der § 1430 bezweckt, ein häufig vorkommendes, beim Mangel bestimmter Vereinbarungen unsicheres Verhältnis durch Aufstellung einer der Abänderung durch die Parteien unterliegenden Vorschrift zu regeln und dadurch den sonst zu befürchtenden Streitigkeiten vorzubeugen. Die Regelung entspricht dem mutmaßlichen Parteiwillen. Eine ähnliche Vorschrift enthält § 1619.

2. Die **Vermögensüberlassung** zum Zwecke der Verwaltung ist an eine Form nicht gebunden, kann stillschweigend erfolgen und jederzeit widerrufen werden. In einer solchen Überlassung wird regelmäßig die Erteilung eines Auftrags liegen. Nimmt der Mann den Auftrag an, so haftet er grundsätzlich wie ein Beauftragter, §§ 662 ff.

3. Die in der Geschäftsfähigkeit beschränkte **Frau** bedarf zur Vermögensüberlassung an den Mann der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. Fehlt die Zustimmung, so ist die Überlassung unwirksam. Wird die Frau nach der Überlassung geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so findet § 672 entsprechende Anwendung.

4. Die Überlassung kann sich auf das **ganze Vermögen** der Frau oder auf einen **Teil** desselben erstrecken, muß aber selbst — unbeschadet der Bestimmung im Satz 2 — vorbehaltlos sein.

5. Unter **Einkünften** des Vermögens der Frau ist hier dasselbe wie im § 1427 Abs 2 zu verstehen. Nur die Einkünfte, nicht der Stamm des Vermögens, unterliegen der Verwendungsfreiheit des Mannes. In Ansehung des Mannes steht der Mann unter den allgemeinen Vorschriften. Ihn treffen insoweit namentlich die Rechenschafts- und die Herausgabepflicht, §§ 666, 667. Jedoch hat der Mann immer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, § 1359.

6. Die Worte „**nach freiem Ermessen**" bringen zum Ausdrucke, daß der Mann in Ansehung der Einkünfte zur Rechnungslegung nach Maßgabe des § 666 nicht verpflichtet ist. (M 4, 325). Er ist aber auch nicht einmal zur Herausgabe der während der Verwaltung gezogenen und bei Beendigung der Verwaltung noch vorhandenen Einkünfte verpflichtet, wie bei der zweiten Lesung anerkannt wurde (Prot 4, 230). Dagegen muß er in Ansehung der im § 1430 Satz 1 bezeichneten Kosten und Verpflichtungen Rechenschaft ablegen.

7. Unter **Kosten der ordnungsmäßigen Verwaltung** sind namentlich die in den §§ 1384, 1385 aufgeführten Kosten, Lasten und Beiträge zu verstehen.

8. **Ordnungsmäßige Verwaltung** vgl. § 1374 A 2.

9. **Verpflichtungen solcher Art** sind namentlich die in den §§ 1386, 1387 bezeichneten, vorausgesetzt, daß sie auf dem Vermögen ruhen, das die Frau dem Manne zur Verwaltung überlassen hat. Insbesondere gehören dazu die Leistungen, die die Frau auf Grund ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht schuldet, ebenso ihre Beitragspflicht aus § 1427.

10. Der zweite Satz stellt die **Abänderungsfähigkeit** der im ersten Satze gegebenen Vorschrift klar. Die Frau kann jederzeit abweichende Bestimmungen treffen, auch über die Verwendung vorhandener Früchte.

§ 1431

Die Gütertrennung[1]) ist Dritten[2]) gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam.

Das Gleiche gilt im Falle des § 1425 von der Wiederherstellung der Verwaltung und Nutznießung, wenn die Aufhebung in das Güterrechtsregister eingetragen worden ist.

E I 1284, 1330, 1331 Abs 2 II 1330 M 4, 165, 304 P 4, 124, 129, 150, 156, 161, 184, 214.

1. Ob die Gütertrennung kraft Gesetzes eintritt oder durch Vertrag eingeführt ist (§ 1426 A 1), macht keinen Unterschied.

2. Gutgläubige Dritte sollen durch den Eintragungszwang (§ 1435) vor Gefahren geschützt werden. Im Verhältnisse der Ehegatten zueinander ist die Wirksamkeit der Gütertrennung von der Eintragung in das Güterrechtsregister nicht abhängig. Die Eintragung der Gütertrennung in das Grundbuch ist ausgeschlossen (RJA 3, 162). Das Bestehen der Gütertrennung wird nach Maßgabe der GBO §§ 34, 35 und FGG § 107 nachgewiesen.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht

1. Allgemeine Vorschriften

§ 1432

Die Ehegatten können[1]) ihre güterrechtlichen Verhältnisse[2]) durch Vertrag (Ehevertrag)[3]) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern.

E I 1333 II 1331 M 4, 304 ff. P 4, 215, 221.

1. Wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit vgl. Vorbem 1 vor § 1363. Hinsichtlich des Übergangsrechts und der Anwendung der ausländischen Gesetze vgl. Vorbem 3 und 4 vor § 1363.

2. Güterrechtliche Verhältnisse. Die Ehe als vollständige Lebensgemeinschaft von Mann und Frau begründet zwischen den Ehegatten für die Dauer der Ehe sowohl persönliche als auch vermögensrechtliche Beziehungen. Die vermögensrechtlichen, aus der Pflicht zur Lebensgemeinschaft folgenden Beziehungen der Ehegatten zueinander und zu Dritten bilden den Inhalt des ehelichen Güterrechts. Rechtsverhältnisse dieses Inhalts sind güterrechtliche Verhältnisse im Sinne des § 1432. Nicht zu den güterrechtlichen Verhältnissen gehören die durch die Ehe unter den Ehegatten begründeten persönlichen Verhältnisse, z. B. die Pflicht des Zusammenlebens, der gegenseitigen Unterhaltsgewährung, der Kindererziehung. Verhältnisse dieser Art können im Ehevertrage mitgeregelt werden; Zulässigkeit und Form ihrer Regelung richten sich aber nach allgemeinen Grundsätzen, § 138 Abs 1.

3. Ehevertrag ist der Vertrag, durch den Mann und Frau für die einzugehende oder eingegangene Ehe ihre güterrechtlichen Verhältnisse regeln. — Die Ordnung der vermögensrechtlichen Verhältnisse für die Zeit nach Auflösung der Ehe ist nicht Gegenstand des Ehevertrags im Sinne des § 1432, **RG** 6. 4. 08 IV 414/07. Unter den Begriff des Ehevertrags fallen Verträge, durch die der gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Mannes gänzlich ausgeschlossen oder nur in einzelnen Beziehungen, z. B. in bezug auf die Bestimmung des § 1365, geändert wird, ferner Verträge, durch die die Gütertrennung, die allgemeine Gütergemeinschaft, die Errungenschaftsgemeinschaft oder die Fahrnisgemeinschaft eingeführt oder der gesetz- oder vertragsmäßig bestehende Güterstand in einzelnen Beziehungen, z. B. in bezug auf die Bestimmungen in §§ 1439, 1523, 1526 Abs 1, geändert wird, sowie Verträge, durch die nach erfolgter Ausschließung oder Änderung der gesetz- oder vertragsmäßige Güterstand wiederhergestellt wird. — Eine Änderung des gesetzlichen Güterstandes dahin, daß die Haushaltgegenstände in den Alleinbesitz der getrennt lebenden Frau gelangen und ihr der Zinsgenuß ihrer eingebrachten Kapitalforderung zufallen soll, erfüllt den Begriff des Ehevertrags, **RG** 6. 4. 08 IV 414/07. Die allgemeinen Bestimmungen über nichtige Verträge, z. B. §§ 134, 138, Abs 1, 306, gelten auch für Eheverträge. Zu beachten sind ferner die Verbote der §§ 143 Abs 1 und 1518. Außerdem dürfen Vorschriften, die zugunsten Dritter erlassen sind, z. B. 1362, 1411, 1459 Abs. 2, nicht durch Ehevertrag geändert werden. — Mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils hört die Wirksamkeit des Ehevertrags für die Zukunft auf. Ist die Ehe zufolge Anfechtung oder Nichtigkeitsklage nichtig oder wird das Nichtbestehen einer Ehe festgestellt, so ist auch der Ehevertrag, da er das Bestehen einer Ehe voraussetzt, unwirksam. In einem solchen Falle sind die vermögensrecht-

lichen Beziehungen der Beteiligten, vorbehaltlich der Sonderbestimmungen in §§ 1344—1346, nach den allgemeinen Grundsätzen (Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung) zu beurteilen. — Über Gläubigerbegünstigung bei vertragsmäßiger Umwandlung der Errungenschaftsgemeinschaft in Gütertrennung vgl. RGSt 40, 171.

§ 1433

[1])Der Güterstand kann nicht durch Verweisung [2]) auf ein nicht mehr geltendes oder auf ein ausländisches Gesetz bestimmt werden.

Hat der Mann zur Zeit der Eingehung der Ehe oder, falls der Vertrag nach der Eingehung der Ehe geschlossen wird, zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz im Auslande, so ist die Verweisung auf ein an diesem Wohnsitze geltendes Güterrecht zulässig. [3])

E I 1334 II 1332 M 4, 309 P 4, 217.

1. **Grund der Vorschrift.** Der § 1433 beschränkt die Vertragsfreiheit der Ehegatten, weil sonst zu besorgen wäre, daß die auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts bisher herrschende Vielgestaltigkeit und Unsicherheit in anderer Form erhalten werden würde. Von dem im Abs 1 ausgesprochenen Verbote werden im Abs 2 zugunsten deutscher, im Auslande wohnender Ehegatten zwei Ausnahmen gemacht. Wegen der Eheverträge von Ausländern vgl. Art 15 EG und Vorbem 4 vor § 1363.

2. **Verweisung.** Die Beteiligten können grundsätzlich durch einfache Verweisung auf die gesetzlichen Bestimmungen des einen oder andern im BGB geordneten Güterstandes ihre güterrechtlichen Verhältnisse regeln, Vorbem 1 vor § 1363. Dagegen ist einfache Bezugnahme auf veraltetes deutsches oder auf ausländisches Recht zur Vermeidung der Unwirksamkeit verboten. Dies schließt jedoch nicht aus, daß statt einfacher Bezugnahme eine selbständige Regelung nach Grundsätzen des veralteten deutschen oder des ausländischen Rechts erfolgt, soweit das Recht des BGB nicht im Wege steht.

3. **Verweisung auf ausländisches Recht** ist auch dann zulässig, wenn der Vertrag vor der Eingehung der Ehe geschlossen wird und der Mann zur Zeit der Eheschließung im Auslande wohnt. Ohne Vertragsschluß gilt nach Art 15 EG auch für die im Auslande geschlossene Ehe eines Deutschen das deutsche Recht.

§ 1434

Der Ehevertrag muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile [1]) vor Gericht oder vor einem Notar [2]) geschlossen werden.

E I 1335 Abs 1 II 1333 M 4, 311 P 4, 217; 5, 445.

1. **Gleichzeitige Anwesenheit beider Teile.** Auf den Abschluß von Eheverträgen durch Vertreter finden die allgemeinen Grundsätze Anwendung. Jeder Teil kann sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. Für den Geschäftsunfähigen schließt der gesetzliche Vertreter den Ehevertrag ab. Ist ein Teil in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zum Abschlusse eines Ehevertrags der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Letzterer kann selbst den Vertrag für ersteren schließen. Weder Vollmacht noch Einwilligung bedürfen der im § 1434 vorgeschriebenen Form, § 167 Abs 2, § 182 Abs 2. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist nicht erforderlich. Für die Fälle der §§ 1437 und 1549 gelten Ausnahmebestimmungen. Vertragschließende Vertreter müssen gleichzeitig anwesend sein. Gleichzeitige Anwesenheit beider Teile ist auch für den Annahmevertrag (§ 1750) und den Erbvertrag (§ 2276) vorgeschrieben. Dieses Erfordernis bedeutet eine Verschärfung der nach § 128 für die gerichtliche und notarielle Beurkundung genügenden Form, RG 69, 133.

2. **Form.** Vgl. §§ 167—169 FGG, § 2276 Abs 2 BGB und Art 141 EG.

§ 1435

[1])Wird durch Ehevertrag die Verwaltung und Nutznießung des Mannes ausgeschlossen [2]) oder geändert [3]), so können einem Dritten gegenüber aus der Ausschließung oder der Änderung Einwendungen [4]) gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil nur hergeleitet werden, wenn zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit die Ausschließung oder die Änderung in dem Güterrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen [5]) oder dem Dritten bekannt [6]) war.

Das Gleiche gilt, wenn eine in dem Güterrechtsregister eingetragene[7]) Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag aufgehoben[8]) oder geändert[9]) wird.

E I 1336, 1337, 1435 Abs 1 II 1334, 1453 Abs 1 M 4, 314 ff. P 4, 222 ff.

1. **Zweck der Vorschrift.** Der § 1435 bezweckt den Schutz des gutgläubigen Dritten. Wer sich mit einem Ehegatten auf ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit einläßt, darf davon ausgehen, daß der gesetzlichen Regel entsprechend in der Ehe des andern Teil s der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Mannes besteht. In diesem Vertrauen wird der Dritte geschützt, ausgenommen, wenn die Abweichung vom Regelmäßigen im Güterrechtsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt ist, Abs 1. Gleichen Schutz genießt, falls die Abweichung vom Regelmäßigen im Güterrechtsregister eingetragen ist, der Dritte, der auf das Fortbestehen der eingetragenen Abweichung vertraut, Abs 2. Diese Art der Regelung entspricht dem § 1344.

2. **Ausschließung des gesetzlichen Güterstandes.** Zu den Eheverträgen, durch die der gesetzliche Güterstand ausgeschlossen wird, gehören insbesondere Eheverträge, durch die Trennung der Güter (§ 1436) oder einer der verschiedenen Güterstände der Gütergemeinschaft (§§ 1437, 1519, 1549) vereinbart wird, sei es, daß der vereinbarte Güterstand unmittelbar an Stelle des gesetzlichen Güterstandes, sei es, daß er an Stelle eines andern vertragsmäßigen, aber nicht eingetragenen Güterstandes tritt. Der Ausschließung des gesetzlichen Güterstandes durch Ehevertrag stehen nach §§ 1426, 1431 die Fälle der §§ 1364, 1418—1420, 1587 gleich.

3. **Änderung des gesetzlichen Güterstandes.** Dahin gehören insbesondere die Fälle, in denen in Ansehung einzelner zum Vermögen der Frau gehörender Gegenstände die Verwaltung und Nutznießung des Mannes ausgeschlossen wird, § 1365. Der Änderung des gesetzlichen Güterstandes durch Ehevertrag stehen nach §§ 1371 Satz 1, 1426, 1431 die Fälle gleich, in denen Vorbehaltsgut kraft Gesetzes (§§ 1366, 1367, 1370) oder zufolge Bestimmung eines Dritten (§ 1369) entsteht. — Der Mann kann, um einer übermäßigen Inanspruchnahme seines Kredits durch die Frau (z. B. für Kleider und Putz) vorzubeugen, das Vertretungsrecht der Frau einschränken oder ausschließen und durch Eintragung in das Güterrechtsregister sogar ihm unbekannte Bezugsquellen der Frau treffen, § 1357, **RG** 61, 83. Über die Frage, ob der Mann rechtswidrig handelt, wenn er die von ihm getroffene Maßregel der Entziehung der Schlüsselgewalt in Zeitungen bekannt gibt, vgl. **RG** 60, 15.

4. **Einwendungen,** die dem Ehegatten aus seinem Güterrechte gegen die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts oder Urteils zustehen würden, wenn die Eintragung in das Güterrechtsregister erfolgt wäre, sind mangels der Eintragung dem gutgläubigen Dritten gegenüber unzulässig. Der Ehegatte muß sich auf Verlangen des Dritten gefallen lassen, daß die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts und Urteils in den Fällen des Abs 1 nach den Grundsätzen des gesetzlichen Güterrechts und in den Fällen des Abs 2 nach dem vor der Aufhebung oder Änderung bestandenen vertragsmäßigen und eingetragenen Güterstande beurteilt wird. Auf diese Beurteilung hat der Dritte, nicht der Ehegatte ein Recht, da die Vorschriften des § 1435 nur zugunsten des Dritten erteilt sind.

5. Die **Eintragung,** nicht die Veröffentlichung ist maßgebend. Die Eintragung muß sich auf einen gültigen Ehevertrag stützen. In Ansehung des öffentlichen Glaubens steht das Güterrechtsregister mit dem Handelsregister (§ 15 HGB) und dem Vereinsregister (§ 68) auf gleicher Stufe, nicht aber mit dem Grundbuche (§§ 892, 893).

6. Der **Kenntnis** steht bloßes Kennenmüssen (§ 122 Abs 2) nicht gleich.

7. Die **Eintragung,** nicht die Veröffentlichung ist maßgebend, A 4. Aufhebung und Änderung einer nicht eingetragenen Regelung fallen nicht unter § 1435 Abs 2. Der Dritte hat kein Anrecht darauf, daß ihm gegenüber die nicht eingetragene Regelung als noch bestehend angesehen werde.

8. Der **Aufhebung des eingetragenen Güterstandes** durch Ehevertrag stehen nach §§ 1470, 1545, 1549 die Aufhebung durch Urteil (§§ 1468, 1469, 1542, 1549), durch Konkurseröffnung (§ 1543) oder infolge Todeserklärung (§ 1544), sowie nach § 1431 Abs 2, § 1548 Abs 2 die Wiederherstellung der Verwaltung und Nutznießung (§ 1425) oder der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1548) durch Urteil gleich.

9. Der **Änderung des eingetragenen Güterstandes** durch Ehevertrag stehen nach §§ 1441 Satz 1, 1526, 1549 die Fälle gleich, in denen Vorbehaltsgut der Frau kraft Gesetzes (§ 1370) oder zufolge Bestimmung eines Dritten (§ 1369) entsteht.

§ 1436

Wird durch Ehevertrag[1]) die Verwaltung und Nutznießung des Mannes ausgeschlossen[2]) oder die allgemeine Gütergemeinschaft, die Errungenschafts-

gemeinschaft oder die Fahrnisgemeinschaft aufgehoben, so tritt Gütertrennung[3]) ein, sofern sich nicht aus dem Vertrag ein anderes ergibt[4]).

E I 1338, 1381 Abs 1, 1429 Abs 1, 1431 Abs 1, II 1335 M 4, 321, 418, 534 P 4, 225, 293, 369, 373.

1. Der Ausschließung oder Aufhebung **durch Ehevertrag** sind Ausschließung oder Aufhebung durch andere Art z. B. Urteil nicht gleichgestellt.

2. Bezieht sich die **Ausschließung der Verwaltung und Nutznießung** des Mannes nur auf einzelne Bestandteile des Vermögens der Frau, so liegt nicht der Fall des § 1436, sondern der des § 1368 vor und es entsteht Vorbehaltsgut. Vgl. § 1368 A 1.

3. Dritten gegenüber ist die eingetretene **Gütertrennung** nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam, § 1431 Abs 1.

4. Die Vertragschließenden können die kraft Gesetzes eintretende Folge der Gütertrennung durch **anderweitige Bestimmung** ausschließen.

2. Allgemeine Gütergemeinschaft

§ 1437

[1])Ein Ehevertrag, durch den die allgemeine Gütergemeinschaft[2]) vereinbart oder aufgehoben wird, kann nicht durch einen gesetzlichen Vertreter[3]) geschlossen werden[4]).

Ist einer der Vertragschließenden in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters[5]). Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund[6]), so ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts[7]) erforderlich.

E I 1314 Abs 2 Satz 1 II 1336 M 4, 313, 333 P 4, 230 ff., 238; 6, 279.

1. **Grund der Vorschrift.** Die mit der Einführung oder Aufhebung der Gütergemeinschaft verbundenen, in die Verhältnisse der Ehegatten tief eingreifenden, außergewöhnlichen Wirkungen haben zu den im § 1437 bestimmten Ausnahmen von den allgemeinen Grundsätzen (§ 1434 A 1) geführt.

2. § 1437 findet nach § 1508 Abs 2 auch auf einen Ehevertrag Anwendung, durch den die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausgeschlossen oder die Ausschließung aufgehoben wird, und nach § 1549 auf einen Ehevertrag, durch den die Fahrnisgemeinschaft vereinbart oder aufgehoben wird. Dagegen ist § 1437 auf Fälle, in denen die allgemeine Gütergemeinschaft, fortgesetzte Gütergemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft nur in einzelnen Beziehungen (z. B. Erklärung eines vorbehaltenen Gegenstandes der Frau für Gesamtgut) geändert wird, nicht anwendbar.

3. Wohl aber durch einen Bevollmächtigten, § 1434 A 1.

4. Demzufolge kann ein Ehevertrag des in Abs 1 bezeichneten Inhalts mit einem Geschäftsunfähigen überhaupt nicht zustande kommen.

5. Ist die Mutter Inhaberin der elterlichen Gewalt, ihr aber ein Beistand bestellt und diesem nach § 1693 die Vermögensverwaltung übertragen, so hat der Beistand die Zustimmung zu erteilen. In diesem Falle ist auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.

6. Dasselbe gilt, wenn der gesetzliche Vertreter ein Pfleger ist, § 1915.

7. Wegen der Anhörung des Gegenvormundes vgl. § 1826.

§ 1438

[1])Das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau werden durch die allgemeine Gütergemeinschaft gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten (Gesamtgut)[2]). Zu dem Gesamtgute gehört auch das Vermögen, das der Mann oder die Frau während der Gütergemeinschaft erwirbt[3]).

Die einzelnen Gegenstände[4]) werden gemeinschaftlich, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf[5]).

Wird ein Recht gemeinschaftlich, das im Grundbuch eingetragen ist oder in das Grundbuch eingetragen werden kann, so kann jeder Ehegatte von dem andern die Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen[6]).

E I 1342, 1343 II 1337 M 4, 335 ff. P 4, 232; 6, 393.

1. Der § 1438 kennzeichnet das **Wesen der allgemeinen Gütergemeinschaft.** Es besteht darin, daß alles, was die Eheleute an Vermögensrechten beim Eintritte der Güter-

gemeinschaft besitzen oder während derselben erwerben, zu einer neuen ungetrennten Masse vereinigt wird, die gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten (Gesamtgut) wird. Beide Ehegatten sind Träger des Gesamtguts. Dieses stellt sich als ein (deutschrechtliches) Miteigentum dar, bei welchem die Anteile der Ehegatten während der Dauer der Gemeinschaft als selbständige Vermögensrechte nicht geltend gemacht werden können, sondern erst nach Auflösung der Gemeinschaft Sonderrechte der Ehegatten an der gemeinschaftlichen Masse hervortreten (Gemeinschaft zur gesamten Hand). Nicht in die Gemeinschaft fallen Sondergut und Vorbehaltsgut.

2. Gesamtgut. Beweislast. Alles Vermögen der Ehegatten gilt mit Eintritt der Gütergemeinschaft, bezw. des späteren Erwerbes als Gesamtgut. Daß ein Gegenstand ausnahmsweise zum Sondergut oder Vorbehaltsgut gehört, hat zu beweisen, wer dies behauptet (M 4, 335). Bezüglich des Entschädigungsanspruchs aus einem Unfalle der Frau vgl. § 1439 A 2.

3. War der Ehegatte beim **Erwerbe** nicht im guten Glauben, so muß der andere Ehegatte diesen Mangel, auch wenn er selbst im guten Glauben war, gegen sich gelten lassen (**RG** Gruch 47, 667).

4. Rechte, zu deren Übertragung durch Rechtsgeschäft die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, sind nicht ausgenommen.

5. Hiermit wird angeordnet, daß die Gesamtgutseigenschaft kraft Gesetzes eintritt. — Umwandlung von Vorbehaltsgut in Gesamtgut fällt nicht unter Abs 2 (OLG 7, 54).

6. Berichtigung des Grundbuchs. Vgl. §§ 34, 35, 48 GBO, §§ 894—896, 899 BGB. Die Berichtigung des Grundbuchs herbeizuführen, ist lediglich Sache der Ehegatten. Das Grundbuchamt ist nicht berechtigt, die Eintragung eines Ehegatten, der ein Recht erwirbt, aus dem Grunde abzulehnen, weil der Erwerb in das Gesamtgut fällt (RJA 4, 108).

§ 1439

[1])Von dem Gesamtgut ausgeschlossen sind Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können[2]). Auf solche Gegenstände finden die bei der Errungenschaftsgemeinschaft für das eingebrachte Gut geltenden Vorschriften[3]), mit Ausnahme des § 1524, entsprechende Anwendung.

E I 1351 II 1339 M 4, 344 ff. P 4, 235 ff.

1. Man unterscheidet Gesamtgut (§ 1438), Sondergut (§ 1439) und Vorbehaltsgut (§§ 1440, 1441). Der § 1439 bezeichnet erschöpfend, was zum **Sondergute** gehört. Vom Vorbehaltsgut unterscheidet sich das Sondergut wesentlich dadurch, daß es vom Manne für Rechnung des Gesamtguts verwaltet wird und seine Nutzungen in das Gesamtgut fallen (§§ 1439, 1525), wogegen das Vorbehaltsgut von demjenigen Ehegatten, dem es gehört, verwaltet und genutzt wird.

2. Gegenstände solcher Art sind z. B. Lehn-, Stamm-, Fideikommißgüter, gewisse Bauerngüter und höchstpersönliche Rechte, vgl. §§ 399, 400, 514, 613 Satz 2, 717 Satz 1, 847, 1059 Satz 1, 1092, 1093, 1103, 1111 BGB, § 850 ZPO. — Der Anspruch auf Unfallrente wegen Körperverletzung der Frau kann, wenn der Jahresbetrag der Rente für den Verlust der Erwerbsfähigkeit der Frau weniger als 1500 Mk. ausmacht, nicht übertragen werden (§ 850 Abs 3 ZPO, § 400 BGB) und ist daher vom Gesamtgut ausgeschlossen. Allein nach § 1439 Satz 2 in Verbindung mit den §§ 1525, 1380 ist der Mann berechtigt, den Entschädigungsanspruch im eigenen Namen geltend zu machen. Dabei darf er verlangen, daß die einzelnen Rentenbeträge an ihn selbst entrichtet werden, weil sie nach § 1525 Abs 1 zum Gesamtgute gehören (§ 1443 Abs 1). Zum Gesamtgute gehört auch der Anspruch auf Ersatz für die durch den Unfall der Frau entstandenen Kurkosten und Kosten für Instandsetzung der beschädigten Kleider. Soweit der Mann die Rente für die ihm entgangenen Dienste der Ehefrau in seinem Hauswesen fordert, ist er nach § 845 BGB in eigener Person forderungsberechtigt, **RG** 30. 9. 09 IV 679/08. Vgl. auch § 1356 A 7. Einer Erörterung der güterrechtlichen Verhältnisse bedarf es bezüglich des Anspruchs aus § 845 BGB und der Heilungskosten nicht. Der Anspruch auf Schmerzensgeld ist nicht abtretbar, **RG** JW 09, 316[16].

3. Insbesondere die Vorschriften in §§ 1525, 1528, 1529 Abs 2, 1531, 1533, 1535, 1536 Nr 2, 4, 1537 Abs 1, 1539—1541, 1546 Abs 3.

§ 1440

Von dem Gesamtgut ausgeschlossen ist das Vorbehaltsgut[1]).

Vorbehaltsgut ist, was durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut eines der Ehegatten erklärt ist oder von einem der Ehegatten nach § 1369 oder § 1370 erworben wird[2]).

E I 1346, 1347, 1349 II 1340 M 4, 340 ff. P 4, 234.

1. **Begriff des Vorbehaltsguts.** Abweichend vom Güterstande der Verwaltung und Nutznießung des Mannes (§ 1365), der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1526 Abs 2) und der Fahrnisgemeinschaft (§ 1555) können bei der Gütergemeinschaft sowohl die Frau als auch der Mann Vorbehaltsgut haben. Bei allen Güterständen ist der Begriff des Vorbehaltsguts derselbe. Vgl. § 1365 A 1 und § 1439 A 1.

2. **Umfang des Vorbehaltsguts.** § 1440 Abs 2 bestimmt erschöpfend, was Vorbehaltsgut ist. In den nicht mitaufgeführten Fällen der §§ 1366, 1367 kann Vorbehaltsgut nur durch Ehevertrag oder Bestimmung eines Dritten entstehen. Zuwendungen, die ein Ehegatte dem andern macht, können nur durch Ehevertrag Vorbehaltsgut werden und bedürfen der förmlichen Übertragung durch Rechtsgeschäft.

§ 1441

[1])Auf das Vorbehaltsgut der Frau[2]) finden die bei der Gütertrennung für das Vermögen der Frau geltenden Vorschriften[3]) entsprechende Anwendung; die Frau hat jedoch dem Manne zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes einen Beitrag nur insoweit zu leisten, als die in das Gesamtgut fallenden Einkünfte[4]) zur Bestreitung des Aufwandes nicht ausreichen.

E I 1350 II 1341 M 4, 343 P 4, 234.

1. Die im § 1441 getroffene Regelung entspricht dem § 1371, der auf ähnlichen Erwägungen beruht.

2. **Vorbehaltsgut des Mannes.** Der Mann hat in Ansehung seines Vorbehaltsguts dieselbe rechtliche Stellung, wie wenn er nicht verheiratet wäre. Ihn treffen aber die Pflichten aus §§ 1360, 1606, 1459. Auf Ehevertrag beruhendes Vorbehaltsgut des Mannes unterliegt zum Schutze Dritter nach § 1435 Abs 2 dem Eintragungszwange.

3. §§ 1427—1431. Die Eintragung der Vorbehaltseigenschaft in das Grundbuch ist ausgeschlossen, § 1431 A 2, § 1371.

4. **Einkünfte**, die in das Gesamtgut fallen, umfassen nicht nur die Nutzungen des Gesamtguts und der beiderseitigen Sondergüter (§ 1439), sondern auch das Arbeitseinkommen beider Ehegatten. Bei Beurteilung der Angemessenheit des Beitrags der Frau sind auch die Nutzungen des Vorbehaltsguts des Mannes zu berücksichtigen.

§ 1442

[1])Ein Ehegatte kann nicht über seinen Anteil an dem Gesamtgut und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen[2]); er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen.

Gegen eine Forderung, die zu dem Gesamtgute gehört, kann der Schuldner nur eine Forderung aufrechnen[3]), deren Berichtigung aus dem Gesamtgute verlangt werden kann[4]).

E I 1344 Satz 2, 1345 Abs 1, 2 II 1338 M 4, 337 P 4, 233.

1. Der § 1442 regelt einige aus der allgemeinen Gütergemeinschaft als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (§ 1438 A 1) sich ergebende Folgen. Solange die Gemeinschaft dauert, sind die den Ehegatten zustehenden **Anteile am Gesamtgute** durch den Zweck des Gesamtgutes, der ehelichen Gemeinschaft, nicht dem Sondervorteile des einzelnen Ehegatten zu dienen, gebunden. Die zum Gesamtgute gehörenden Gegenstände stehen den Ehegatten nicht nach Bruchteilen zu. Die Vorschriften über die gewöhnliche Gemeinschaft (§§ 741—758) und über Miteigentum (§§ 1008—1011) sind daher nicht anwendbar, ebensowenig die Vorschriften über Gesamtschuldner und Gesamtgläubiger (§§ 420—430). Bei der 2. Lesung bestand darüber Einverständnis, daß das Gemeinschaftsverhältnis der Ehegatten in Ansehung des Gesamtguts seinem Wesen nach dem Gemeinschaftsverhältnisse der Gesellschafter in Ansehung des Gesellschaftsvermögens gleich sei. Der § 1442 hat daher eine dem § 719 entsprechende Fassung erhalten. Das Miteigentum der Gesamthänder ist nicht das römische Bruchteilseigentum, weil die Anteile nicht fest bestimmt, sondern veränderlich sind und weil sie als solche nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sind, **RG** 69, 412. Die Erbengemeinschaft

(§§ 2032 ff.), die Gesellschaft (§§ 705 ff.) und die eheliche Gütergemeinschaft (§§ 1442, 1519, 1549) sind als **Gemeinschaft zur gesamten Hand** gestaltet. Alle diese Verhältnisse stimmen darin überein, daß an den Sachen und Rechten, die zu dem gemeinsamen Vermögen gehören, keine Anteilsrechte bestehen und daher Verfügungen eines Teilhabers über Anteile an den einzelnen Gegenständen nicht möglich sind. Dagegen ist die Frage, ob und in welcher Form dem Teilhaber die rechtliche Macht gewährt werden solle, seine Anteilsberechtigung zur Beschaffung von Mitteln zu benutzen, verschieden geordnet. Bei der ehelichen Gütergemeinschaft ist jede Verfügung des Einzelnen ausgeschlossen, **RG** 60, 128. Die im § 2039 für die Erbengemeinschaft aufgestellten, den Grundsatz der Verfügungsgebundenheit (§§ 2033, 2040) durchbrechenden Regeln gelten grundsätzlich für alle Gesamtrechtsverhältnisse (Gütergemeinschaft, Fahrnisgemeinschaft). Das Gesetz läßt nicht nur die Klage eines einzelnen oder mehrerer einzelner Gesamthänder, sondern auch die Klage gegen einen andern Gesamthänder, der zugleich Schuldner des Gesamtguts ist, auf Leistung oder Feststellung zu, **RG** JW 05, 146[28].

2. Über den Begriff der **Verfügung** vgl. § 1395 A 2. Ein Rechtsgeschäft, das nur die Verpflichtung zur Vornahme einer Verfügung begründet, ist keine Verfügung und fällt daher nicht unter das Verbot des § 1442. Dagegen **RG** JW 03, Beil 26[54]. Verfügungen von Todes wegen (§§ 1937, 1941) fallen nicht unter § 1442. — Zulässig ist es, ein zum Gesamtgute gehöriges Grundstück für den Anspruch eines der beiden Ehegatten zu verpfänden (OLG 8, 119). Wegen Unpfändbarkeit des Anteils eines Ehegatten vgl. § 860 ZPO.

3. Die **Aufrechnung** ist mit Zustimmung des Mannes und in den Fällen der §§ 1450, 1452 mit Zustimmung der Frau zulässig, auch wenn sie nach § 1442 Abs 2 unzulässig wäre.

4. In welchen Fällen **Berichtigung aus dem Gesamtgute** verlangt werden kann, bestimmen §§ 1459—1462.

§ 1443

Das Gesamtgut unterliegt der Verwaltung¹) des Mannes. Der Mann²) ist insbesondere berechtigt, die zu dem Gesamtgute gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen³), über das Gesamtgut zu verfügen⁴), sowie Rechtsstreitigkeiten⁵), die sich auf das Gesamtgut beziehen, im eigenen Namen⁶) zu führen.

Die Frau wird durch die Verwaltungshandlungen des Mannes weder Dritten noch dem Manne⁷) gegenüber persönlich verpflichtet⁸).

E I 1352 II 1342 M 4 348 ff. P 4, 238; 6, 279.

1. **Verwaltung.** Der Mann ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, das Gesamtgut zu verwalten. Die Verwaltung hat er ordnungsmäßig zu führen und zwar nach Maßgabe der §§ 1443—1456. Er führt die Verwaltung für eigene Rechnung und im eigenen Namen, jedoch mit der Wirkung, daß seine Handlungen in Ansehung des Gesamtguts die Ehefrau binden. — Von den Beschränkungen der §§ 1444—1446 abgesehen, kann der Mann das Gesamtgut beliebig mit Schuldverbindlichkeiten belasten, **RG** 54, 285. — Der § 1443 stellt den Grundsatz auf, daß dem in Gütergemeinschaft lebenden Ehemanne im allgemeinen die freie Verwaltung des Gesamtguts und die Verfügung darüber zusteht. Der Mann ist auch zum Erwerbe beweglicher und unbeweglicher Sachen und zur Eingehung von Verbindlichkeiten hierbei befugt. Das Recht des Mannes wird durch die Ausnahmen in den §§ 1444 bis 1446 eingeschränkt. Diese betreffen besonders schwerwiegende und eingreifende einseitige Maßnahmen. Eine ausdehnende Auslegung der Ausnahmebestimmungen ist unzulässig, **RG** 69, 179.

2. Die **Frau** ist zwar weder durch die Ehe noch durch die allgemeine Gütergemeinschaft in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (§ 1395 A 1), aber bei diesem Güterstande kommt dem Manne als dem Haupte der Ehe die Verwaltung des Gesamtguts ausschließlich zu und er ist grundsätzlich nicht an die Mitwirkung der Ehefrau gebunden. Auf Verfügungen der Frau über Gesamtgut finden die allgemeinen Grundsätze über Verfügungen Nichtberechtigter Anwendung. — Bei Verletzung des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters (§ 559 BGB und § 289 StGB) ist jeder Ehegatte wegen der gemeinschaftlichen Mietforderung als Verletzter anzusehen und daher die Frau selbständig ohne Zustimmung des Mannes zur Stellung des Strafantrags (§ 65 StGB) berechtigt, **RGSt** 34, 64. Zur Annahme einer Schenkung aus dem gütergemeinschaftlichen Vermögen (z. B. unentgeltliche Unterhaltsgewährung) muß die freigebige Absicht beider Ehegatten dargetan werden, **RG** 18. 11. 07 IV 145/07.

3. Wegen des Rechtes des Mannes, Sachen in **Besitz** zu nehmen, vgl. § 1373 A 2, 3.

4. Über den Begriff der **Verfügung** vgl. § 1395 A 2.

5. **Rechtsstreitigkeiten** kann der Mann als Kläger oder Beklagter führen. Das Urteil wirkt in Ansehung des Gesamtguts für und gegen beide Eheleute. Nach § 740 ZPO ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ein gegen den Ehemann ergangenes Urteil erforderlich und genügend. Mit Zustimmung des Mannes kann auch die Frau — sei es im Namen des

Mannes, sei es im eigenen Namen — klagen. Ebenso kann sie in Gemeinschaft mit dem Manne klagen, **RG** JW 05, 176[19]. Ist sie für die Gesamtgutsverbindlichkeit auch persönlich verhaftet, so kann sie auch verklagt werden. Außerdem kann sie neben dem Manne mitverklagt werden, wenn es darauf ankommt, ein Recht auf Zwangsvollstreckung in ihr Sondergut oder ihr Vorbehaltsgut oder für die Zeit nach Beendigung der Gütergemeinschaft in das Gesamtgut (§ 743 ZPO) zu erwirken. In den Fällen der §§ 1449, 1450, 1452, 1454 führt die Frau den Rechtsstreit selbständig und das Urteil ist auch gegenüber dem Manne wirksam. Interveniert die Frau im Rechtsstreite des Mannes oder der Mann im Rechtsstreite der Frau, so sind sie in Ansehung des Gesamtguts notwendige Streitgenossen, § 62 ZPO. Da der Mann den Rechtsstreit nicht als Vertreter der Frau, sondern aus eigenem Rechte führt, so kann die Frau im Rechtsstreite des Mannes Zeugin sein, auch wenn sie selbst das der Klage zugrunde liegende Rechtsgeschäft vor der Ehe abgeschlossen hat, **RG** 67, 262. Mit Zustimmung des Mannes ist die Frau berechtigt, Rechtsstreitigkeiten, die sich auf das Gesamtgut beziehen, im eigenen Namen zu führen. Es steht nichts entgegen, daß der Mann in einzelnen Fällen sein Verwaltungsrecht auf die Frau überträgt oder vielmehr die der Frau auferlegte Beschränkung aufhebt. Zwar muß der Beklagte vor der Gefahr einer nochmaligen Zahlung (an den Mann) geschützt sein, allein dem wird dadurch Rechnung getragen, daß die Frau Zahlung nach Wahl des Beklagten an den Mann oder sie selbst verlangt, **RG** 60, 146. Als Vertreter des Gesamtgutes ist der Mann berechtigt, das durch eine gegen die Frau allein gerichtete betrügerische Handlung eines Dritten verletzte Recht der Frau an dem Gesamtgute zu verfolgen, mag er auch als Teilnehmer am Betruge kein Klagerecht haben. Andernfalls würde es an einer Möglichkeit, den dritten Beschädiger aus seinem Betruge in Anspruch zu nehmen, vollständig fehlen, **RG** JW 05, 176[19].

6. **Im eigenen Namen.** Der Mann ist kraft seines Verwaltungsrechts nicht berechtigt, im Namen der Ehefrau (§ 164) oder für ihre persönliche Rechnung ein Rechtsgeschäft vorzunehmen und einen Rechtsstreit zu führen, jedoch ist es nicht ausgeschlossen, daß sie ihn dazu ermächtigt. In der bloßen Zustimmung liegt keine Ermächtigung.

7. Vgl. § 1481 (Rückgriffspflicht des Mannes).

8. Die im Abs 2 getroffene Bestimmung ist die Folge davon, daß der Mann im eigenen Namen handeln muß (A 6). Die bezeichnete Folge tritt auch ein, wenn der Mann äußerlich als Vertreter des Gesamtguts beider Ehegatten auftritt.

§ 1444

[1])Der Mann bedarf der Einwilligung[2]) der Frau zu einem Rechtsgeschäfte, durch das er sich zu einer Verfügung[3]) über das Gesamtgut im ganzen[4]) verpflichtet[5]), sowie zu einer Verfügung[3]) über Gesamtgut, durch die eine ohne Zustimmung der Frau eingegangene Verpflichtung dieser Art erfüllt werden soll[6])[7])[8]).

E I 1353 Abs 1 II 1343 M 4, 351 P 4, 251, 254; 6, 279.

1. **Zweck der Vorschrift.** Der § 1444 bezweckt, die Ehefrau gegen die nachteiligen Folgen von Rechtsgeschäften (unter Lebenden) zu sichern, die, wie die hier bezeichneten einseitigen Rechtsgeschäfte des Mannes über das Gesamtgut im ganzen, regelmäßig vorgenommen zu werden pflegen, um der Gütergemeinschaft die vermögensrechtliche Unterlage zu entziehen und somit die Frau zum einseitigen Vorteile des Mannes um ihre Rechte am Gesamtgute zu bringen. Vgl. **RG** 1, 339 (Übertragungsvertrag). Da nach § 1459 Abs 1 jede Verbindlichkeit des Mannes Gesamtgutsverbindlichkeit ist, muß nicht nur für das dingliche Rechtsgeschäft selbst, sondern auch für die Eingehung einer Verpflichtung zur Vornahme eines solchen die Einwilligung der Frau erfordert werden.

2. Einwilligung § 1395 A 3, Genehmigung § 1448.

3. Verfügung § 1395 A 2.

4. Die Verpflichtung zu einer Verfügung über einen Bruchteil des Gesamtguts fällt gleichfalls unter § 1444.

5. Nur die Begründung einer **Verpflichtung** zur Verfügung über das Gesamtgut im ganzen ist erwähnt worden. Verfügungen selbst sind nur über einzelne Gegenstände des Gesamtguts, nicht über das Gesamtgut im ganzen oder einen Bruchteil rechtlich möglich. Vgl. § 1822 Nr 1.

6. Auf das Recht zur Führung eines **Rechtsstreits** (§ 1443 A 5) über das Gesamtgut im ganzen oder einen Bruchteil bezieht sich § 1444 nicht. Dieses Recht umfaßt aber nicht die Befugnis, im Rechtsstreit über den Streitgegenstand einseitig durch Vergleich, Verzicht oder Anerkenntnis zu verfügen.

7. **Wirkungen.** Das vom Manne mit Einwilligung der Frau vorgenommene Rechtsgeschäft der in § 1444 bezeichneten Art ist für das Gesamtgut wirksam. Es entsteht eine

Gesamtgutsverbindlichkeit, § 1459 Abs 1. Das vom Manne ohne Einwilligung der Frau vorgenommene fragliche Rechtsgeschäft ist nach § 1448 zu beurteilen. Eine persönliche Verpflichtung des Mannes entsteht nicht, unbeschadet seiner etwaigen Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung. Nimmt die Frau das fragliche Rechtsgeschäft mit Einwilligung des Mannes vor, so entsteht eine Gesamtgutsverbindlichkeit, für die der Mann nach § 1459 Abs 2 auch persönlich haftet. Nimmt die Frau das Geschäft ohne Einwilligung des Mannes vor, so ist es zwar für das Gesamtgut unwirksam, begründet aber eine persönliche Verpflichtung der Frau.

8. Für den **Schutz Dritter** gelten die §§ 892, 893, 1435. Eine dem § 1404 entsprechende Vorschrift ist für die vertragsmäßigen Güterstände nicht gegeben.

§ 1445

[1])Der Mann bedarf der Einwilligung[2]) der Frau zur Verfügung[3]) über ein zu dem Gesamtgute gehörendes Grundstück[4]) sowie zur Eingehung der Verpflichtung[5]) zu einer solchen Verfügung[6]).

E I 1353 Abs 1 II 1344 M 4, 352 ff. P 4, 251 ff.

1. **Zweck der Vorschrift.** Die wirtschaftliche Bedeutung des Grundbesitzes erheischt eine besondere Sicherstellung der Frau, und zwar auch in Ansehung der nicht von ihr, sondern von dem Manne eingebrachten Grundstücke. Diese Sicherstellung bezweckt der § 1445. Gegen die Gefahr unbegründeter Verweigerung der Zustimmung der Frau ist der Mann durch die Vorschrift des § 1447 geschützt. Da nach § 1459 Abs 1 jede Verbindlichkeit des Mannes Gesamtgutsverbindlichkeit ist, mußte nicht nur für das dingliche Rechtsgeschäft selbst, sondern auch für die Eingehung einer Verpflichtung zur Vornahme eines solchen die Einwilligung der Frau erfordert werden. Nur auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden bezieht sich § 1445.

2. Einwilligung § 1395 A 3. Genehmigung § 1448.

3. Verfügung § 1395 A 3.

4. **Verfügungen über Grundstücke des Gesamtguts.** Dazu gehören z. B. die Auflassung (§ 925) und die Belastung eines Gesamtgutsgrundstücks mit dinglichen Rechten, die nachträgliche Erhöhung des Zinssatzes einer auf einem solchen Grundstücke ruhenden Hypothek, die Bewilligung einer Vormerkung (§ 883), dagegen nicht z. B. die Übernahme einer Hypothek durch den Erwerber (§ 416), die Abtretung einer Eigentümerhypothek (§ 1163) oder einer Eigentümergrundschuld (§ 1196), die Mitwirkung des Eigentümers zur Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt (§ 1198), einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek und umgekehrt (§ 1186), einer Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld und umgekehrt (§ 1203), die Zustimmung des Eigentümers zu einer Änderung des Ranges der Belastungen (§ 880 Abs 2 S 2) und zu deren Löschung (§ 1183), sowie die Kündigung einer Hypothek und die Ausschließung des Kündigungsrechts. Die Vorschrift des § 1445 gilt auch für das Erbbaurecht (§ 1017) und für die in Art 63, 68, 196 EG bezeichneten Rechte. — Die in der Rechtsprechung und Rechtslehre sehr bestrittene Frage, ob der Mann, wenn er zum Gesamtgut ein Grundstück unter gleichzeitiger Stundung und Sicherstellung des Kaufpreises durch Belastung des Grundstücks erwirbt, zu letzterer der Einwilligung der Frau bedarf, ist zu verneinen, **RG** 69, 177. Dagegen kann der Mann nicht ohne Einwilligung der Frau das Grundstück mit andern Schulden als dem Erwerbspreise, z. B. mit einem zu dessen Tilgung aufgenommenen Darlehne belasten, da solche Geschäfte gar nicht oder nur lose mit dem Erwerbsvertrage in Beziehung stehen. — Die Eingehung einer Verpflichtung, z. B. einer Bürgschaftsübernahme oder einer Darlehnsschuld kann allerdings dazu führen, daß zur zwangsweisen Erfüllung der Verpflichtung ein zum Gesamtgut gehöriges Grundstück herangezogen wird, allein daraus ist nicht auf die Rechtsungültigkeit der Verfügung des Mannes zu schließen. Anders, wenn das Rechtsgeschäft nach Inhalt und Zweck zur Umgehung einer der gesetzlichen Beschränkungen der dem Manne zustehenden Verfügungsgewalt bestimmt ist, **RG** 54, 282. Die vom Manne beim Verkauf eines zum Gesamtgute gehörigen Grundstücks ohne Einwilligung der Frau erteilte Zusicherung über die Größe des Grundstücks entbehrt der Wirksamkeit gegen beide Ehegatten und kann als Grundlage eines Minderungsanspruchs nicht dienen, **RG** JW 03, Beil 125[277].

5. Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen § 313.

6. Auf das Recht zur Führung eines **Rechtsstreits** (§ 1443 A 5) über ein zu dem Gesamtgute gehörendes Grundstück bezieht sich § 1445 nicht. Dieses Recht umfaßt aber nicht die Befugnis, im Rechtsstreit über den Streitgegenstand einseitig durch Vergleich, Verzicht oder Anerkenntnis zu verfügen. Wegen der Zwangsvollstreckung vgl. § 740 ZPO. Über **Rechte an Grundstücken** überhaupt (z. B. über eine zum Gesamtgute gehörende Hypothek) und über Rechte an solchen Rechten darf der Mann ohne Einwilligung der Frau verfügen. Wegen der Wirkungen einseitig vorgenommener Rechtsgeschäfte und des Schutzes Dritter vgl. § 1444 A 7 und 8.

§ 1446

[1])**Der Mann bedarf der Einwilligung[2]) der Frau zu einer Schenkung[3]) aus dem Gesamtgute sowie zu einer Verfügung[4]) über Gesamtgut, durch welche das ohne Zustimmung der Frau erteilte Versprechen einer solchen Schenkung erfüllt werden soll. Das Gleiche gilt von einem Schenkungsversprechen[5]), das sich nicht auf das Gesamtgut bezieht.**

Ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird[6])[7]).

E I 1353 Abs 2, 3 II 1345 M 4, 356 ff. P 4, 251, 257; 6, 280.

1. **Zweck der Vorschrift.** Zugunsten der Ehefrau ist dem Ehemanne das Recht, einseitig aus dem Gesamtgute Schenkungen (unter Lebenden) zu machen, grundsätzlich entzogen, weil Schenkungen regelmäßig außerhalb des Kreises einer ordnungsmäßigen Verwaltung (§ 1443 A 1) liegen.

2. Einwilligung § 1395 A 3. Genehmigung § 1448.

3. **Schenkung.** Nur Schenkungen unter Lebenden (§ 516) fallen unter § 1446. Keine Schenkung ist die Gewährung einer Aussteuer (§ 1620). Die Gewährung einer Ausstattung (§ 1624) aus dem Gesamtgut an ein gemeinschaftliches Kind oder ein einseitiges Kind des Mannes fällt nur insoweit unter § 1446, als sie nach § 1624 als Schenkung gilt. Dagegen fällt die Gewährung einer Ausstattung durch den Mann an ein einseitiges Kind der Frau oder an seine Geschwister oder Verwandte weiterer Grade stets unter § 1446, es sei denn, daß einer der Ausnahmefälle des § 1446 Abs 2 vorliegt. Vgl. ferner § 1465. Ob die Vornahme eines Stiftungsgeschäfts (unter Lebenden) als Schenkung gilt und demzufolge unter § 1446 fällt, ist eine Frage der Auslegung im einzelnen Falle. Auch ein Bürgschaftsvertrag kann sich als Schenkung darstellen und insoweit nach § 1446 an die Einwilligung der Frau gebunden sein. — Gewährt die Frau aus dem gütergemeinschaftlichen Vermögen einem andern unentgeltlich Unterhalt, so muß zur Annahme einer Schenkung auch die freigebige Absicht des Mannes dargetan werden, **RG** 18. 11. 07 IV 145/07. — Zum Widerruf einer Schenkung (§ 530) bedarf der Mann der Einwilligung der Frau selbst dann nicht, wenn eine gemeinschaftliche Schenkung beider Ehegatten widerrufen wird.

4. Verfügung § 1395 A 3.

5. **Schenkungsversprechen.** Da nach § 1459 Abs 1 jede Verbindlichkeit des Mannes Gesamtgutsverbindlichkeit ist, mußte nicht nur für das dingliche Rechtsgeschäft (Schenkung) selbst, sondern auch für das Schenkungsversprechen die Einwilligung der Frau erfordert werden und zwar gleichviel, ob der Gegenstand des Versprechens zum Gesamtgute, Sonder- oder Vorbehaltsgute des Mannes gehört. Dagegen ist der Mann durch § 1446 nicht gehindert, ohne Einwilligung der Frau Schenkungen aus seinem Sonder- oder Vorbehaltsgute durch dinglichen Vertrag unmittelbar zu bewirken.

6. **Anstandsschenkung.** Vgl. § 534 nebst Erl.

7. Auf das Recht zur Führung eines Rechtsstreits (§ 1443 A 5) über Schenkungen und Schenkungsversprechen bezieht sich § 1446 nicht. Dieses Recht umfaßt aber nicht die Befugnis, im Rechtsstreit über den Streitgegenstand einseitig durch Vergleich, Verzicht oder Anerkenntnis, entgegen dem § 1446, zu verfügen. — Wegen der Wirkungen einseitig vorgenommener Rechtsgeschäfte und des Schutzes Dritter vgl. § 1444 A 7 und 8.

§ 1447

[1])**Ist zur ordnungsmäßigen Verwaltung[2]) des Gesamtguts ein Rechtsgeschäft der in den §§ 1444, 1445 bezeichneten Art erforderlich, so kann die Zustimmung der Frau auf Antrag[3]) des Mannes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt[4]) werden, wenn die Frau sie ohne ausreichenden Grund verweigert.**

Das Gleiche gilt, wenn die Frau durch Krankheit oder durch Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

E I 1353 Abs 4 II 1346 M 4, 359 P 4, 251, 258; 6, 280.

1. Der § 1447 entspricht dem § 1379. Vgl. die dortigen Erläuterungen.

2. **Ordnungsmäßige Verwaltung.** Darüber vgl. § 1443 A 1. Auch die Gewährung einer Ausstattung oder Anstandsschenkung (§§ 1624, 1446 Abs 2, 1465) kann zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehören.

3. **Antrag.** Unterläßt der Mann die Stellung des Antrags, so macht er sich der Frau gegenüber nur unter den Voraussetzungen des § 1456 Satz 2 verantwortlich. Die Verpflichtung des Mannes zur Stellung des Antrags kann durch Rechtsgeschäft einem Dritten gegenüber begründet werden. Für die Zwangsvollstreckung ist § 888 ZPO maßgebend.

4. **Ersetzung durch das Vormundschaftsgericht.** Die ersetzte Zustimmung wirkt wie die erteilte, also nur in Ansehung des Gesamtguts (§ 1443 A 1, 6, 7) und begründet keine persönliche Verpflichtung der Frau.

§ 1448

Nimmt der Mann ohne Einwilligung der Frau ein Rechtsgeschäft der in den §§ 1444 bis 1446 bezeichneten Art vor, so finden die für eine Verfügung der Frau über eingebrachtes Gut geltenden Vorschriften des § 1396 Abs. 1, 3 und der §§ 1397, 1398 entsprechende Anwendung[1]).

Fordert bei einem Vertrage der andere Teil den Mann auf, die Genehmigung der Frau zu beschaffen[2]), so kann die Erklärung über die Genehmigung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Manne gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

Wird die Genehmigung der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt[3]), so ist im Falle einer Aufforderung nach Abs 2 der Beschluß nur wirksam, wenn der Mann ihn dem andern Teile mitteilt; die Vorschriften des Abs 2 Satz 2 finden entsprechende Anwendung.

E I 1353 Abs 1 II 1347 M 4, 358 P 4, 254 ff.; 6, 280.

1. Vgl. die Erläuterungen zu den §§ 1396—1398.

2. Die **Aufforderung** ist also von dem andern Teile nicht, wie nach § 1396 Abs 2, an den erklärungspflichtigen Ehegatten, sondern an den Mann zu richten und hat die Beschaffung der Genehmigung der Frau zum Gegenstande.

3. Über **Ersetzung** der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht vgl. § 1379 A 2, 3, 4, § 1402 A 2, 5—10, § 1447 A 1—4.

§ 1449

[1])Verfügt[2]) der Mann ohne die erforderliche[3]) Zustimmung[4]) der Frau über ein zu dem Gesamtgute gehörendes Recht[5]), so kann die Frau[6]) das Recht ohne Mitwirkung des Mannes gegen Dritte[7]) gerichtlich geltend machen[8]).

E I 1354 II 1349 M 4, 360 P 4, 259, 261.

1. **Grund der Vorschrift.** Das Verfügungsrecht des Mannes (§ 1443) ist durch die §§ 1444—1446 beschränkt. Diese Beschränkungen würden ihren Zweck leicht verfehlen, wenn nur der Mann oder zwar auch die Frau, aber nur unter Mitwirkung des Mannes das verletzte Recht geltend machen könnten. Der § 1449 räumt ihr daher entsprechend dem § 1407 Nr 3 das Recht selbständiger gerichtlicher Geltendmachung gegen Dritte ein.

2. § 1395 A 2. 3. §§ 1444—1446. 4. §§ 182—184.

5. **Rechte jeder Art.** Vgl. § 1380 A 2, § 1400 A 6.

6. Dieselbe Befugnis steht auch dem Manne selbständig zu. Dies folgt aus § 1443.

7. Die zum Schutze Dritter bestehenden Vorschriften bleiben unberührt, § 1444 A 8, § 1445 A 7, § 1446 A 8. Ist der Dritte aus ungerechtfertigter Bereicherung haftbar, so kann die Frau auch diesen Anspruch selbständig geltend machen.

8. Gerichtliche Geltendmachung, § 1380 A 4, 5. Das Recht, im Namen des Mannes zu klagen (§ 1450), ist der Frau nicht beigelegt. Wegen der Kosten des Rechtsstreits vgl. § 1460 Abs 2, § 1464 Abs 2 Satz 1.

§ 1450

[1])Ist der Mann durch Krankheit oder durch Abwesenheit verhindert[2]), ein sich auf das Gesamtgut beziehendes Rechtsgeschäft[3]) vorzunehmen oder einen sich auf das Gesamtgut beziehenden Rechtsstreit zu führen, so kann[4])

die Frau im eigenen Namen[5]) oder im Namen des Mannes[6]) das Rechtsgeschäft vornehmen oder den Rechtsstreit[7]) führen, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist[8]).

E I 1358 II 1353 M 4, 363 P 4, 259 ff.; 6, 280.

1. Der § 1450 entspricht dem § 1401. Vgl. auch § 1447 Abs 2. Abweichend vom § 1401 ist der Frau in den Fällen des § 1450 die Wahl gestattet, im eigenen Namen oder im Namen des Mannes aufzutreten.

2. Die **Verhinderung** braucht nicht dauernd zu sein, wie z. B. im Falle des § 1305 Abs 2.

3. **Rechtsgeschäfte.** Auch dingliche Verfügungen über Gegenstände des Gesamtguts sind nicht ausgenommen.

4. Eine Verpflichtung zur Vornahme des Rechtsgeschäfts oder Führung des Rechtsstreits wird der Frau durch § 1450 nicht auferlegt.

5. Nimmt die Frau **im eigenen Namen** ein Rechtsgeschäft vor, so macht sie sich persönlich verbindlich und es haftet für ihre Verbindlichkeit gemäß § 1460 Abs 1 das Gesamtgut. Sie ist aber auch berechtigt, im eigenen Namen und doch für Rechnung des Mannes zu handeln. In diesem Falle macht sie sich nicht persönlich verbindlich; es entsteht nur eine Gesamtgutsverbindlichkeit, für die der Mann auch persönlich haftet, § 1459 Abs 2.

6. Nimmt die Frau **im Namen des Mannes** ein Rechtsgeschäft vor, so entsteht eine Gesamtgutsverbindlichkeit, für die der Mann auch persönlich haftet, § 1459 Abs 2, 164; die Frau macht sich nicht persönlich verbindlich.

7. **Rechtsstreit.** Auf die Führung eines Rechtsstreits durch die Frau ist das in A 5 u. 6 Gesagte entsprechend anwendbar.

8. Vgl. § 1401 A 4.

§ 1451

Ist zur ordnungsmäßigen Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau ein Rechtsgeschäft erforderlich, das die Frau mit Wirkung für das Gesamtgut nicht ohne Zustimmung des Mannes vornehmen kann, so kann die Zustimmung auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn der Mann sie ohne ausreichenden Grund verweigert[1]).

E I 1366 II 1354 M 4, 384 P 4, 269, 326 ff.

1. Der § 1451 entspricht dem § 1402. Auf die Erläuterungen zu § 1402 wird Bezug genommen.

§ 1452

Auf den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch die Frau finden die Vorschriften des § 1405 entsprechende Anwendung[1]).

E I 1356 II 1351 M 4, 362 P 4, 259.

1. Auf die Erläuterungen zu § 1405 wird Bezug genommen. Was die Frau durch das Erwerbsgeschäft erwirbt, fällt dem Gesamtgute zu. Ihre Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt und aus Urteilen in Rechtsstreitigkeiten, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, sind Gesamtgutsverbindlichkeiten, für die der Mann auch persönlich haftet (§ 1459 Abs 2) und zwar auch dann, wenn das mit Einwilligung des Mannes betriebene Erwerbsgeschäft zum Vorbehaltsgute der Frau gehört (§ 1462). Vgl. ferner § 1463 Nr. 2 und § 1459 Abs 2 Satz 2. Die Frau kann über die zum Erwerbsgeschäfte gehörenden Gesamtgutsgegenstände wirksam verfügen. Wegen der Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut vgl. § 741 ZPO.

§ 1453

[1])Zur Annahme oder Ausschlagung einer der Frau angefallenen Erbschaft oder eines ihr angefallenen Vermächtnisses ist nur die Frau berechtigt; die Zustimmung des Mannes ist nicht erforderlich. Das Gleiche gilt von dem Verzicht auf den Pflichtteil sowie von der Ablehnung[2]) eines der Frau gemachten Vertragsantrags oder einer Schenkung.

Zur Errichtung des Inventars[3]) über eine der Frau angefallene Erbschaft bedarf die Frau nicht der Zustimmung des Mannes.

E I 1355, 2148 Nr 4 II 1350 M 4, 361 P 4, 259; 5, 807.

1. Die im § 1453 bezeichneten Rechtsgeschäfte kann **nur die Frau,** nicht der Mann vornehmen und zwar die Frau ohne Zustimmung des Mannes. Der § 1453 stellt sich als eine

Ausnahme von dem im § 1443 ausgesprochenen Grundsatze des ausschließlichen Verwaltungsrechts des Mannes dar. Die Entbehrlichkeit der Zustimmung des Mannes hat zur Folge, daß das Rechtsgeschäft auch in Ansehung des Gesamtguts gegenüber dem Manne wirksam ist, § 1460 Abs 1. Der § 1453 entspricht dem § 1406 Nr 1 und 2. Auf die Erläuterungen dazu wird Bezug genommen. — Vor der Annahme durch die Frau liegt ein endgültiger Erwerb noch nicht vor (**RG** 54, 293).

2. Die Annahme eines der Frau gemachten **Vertragsantrags** kann nach allgemeinen Grundsätzen nur der Frau zustehen. Die Wirksamkeit der Annahme gegenüber dem Gesamtgute hängt von der Zustimmung des Mannes ab. Etwaiger Erwerb wird nach § 1438 Gesamtgut. Etwaige Bereicherung des Gesamtguts ist nach § 1455 herauszugeben.

3. **Errichtung des Inventars** § 2008 A 2.

§ 1454

[1])Zur Fortsetzung eines bei dem Eintritte der Gütergemeinschaft anhängigen Rechtsstreits bedarf die Frau nicht der Zustimmung des Mannes.

E I 1357 II 1352 M 4, 362 P 4, 259.

1. Der § 1454 entspricht dem § 1407 Nr 1. Vgl. die Erläuterungen dazu. Im Falle des § 1454 führt die Frau den Rechtsstreit selbständig und das Urteil ist auch gegenüber dem Manne wirksam, § 1443 A 5. Wegen Erteilung einer vollstreckbaren Urteilsausfertigung vgl. § 742 Abs 2 ZPO.

§ 1455

[1])Wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Mann[2]) oder die Frau[3]) ohne die erforderliche Zustimmung des anderen Ehegatten vornimmt, das Gesamtgut bereichert, so kann die Herausgabe der Bereicherung aus dem Gesamtgute nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden[4]).

E I 1362 Nr 1 II 1357 Abs 1 M 4, 378 P 4, 264.

1. Der § 1455 entspricht dem § 1399 Abs 2 Satz 2. Auf die Erl. dazu wird Bezug genommen.

2. Der **Mann** bedarf der Zustimmung der Frau in den Fällen der §§ 1444—1446.

3. Die **Frau** bedarf der Zustimmung des Mannes in allen Fällen mit Ausnahme der in den §§ 1450—1454 und § 1357 (Schlüsselgewalt) bezeichneten.

4. Bereicherungsvorschriften §§ 812 ff. Die **Herausgabepflicht** ist nach § 1459 eine Gesamtgutsverbindlichkeit, für die der Mann auch persönlich haftet. Wegen der Zwangsvollstreckung vgl. § 740 ZPO.

§ 1456

[1])Der Mann ist der Frau für die Verwaltung des Gesamtguts[2]) nicht verantwortlich[3]). Er hat jedoch für eine Verminderung des Gesamtguts zu diesem Ersatz zu leisten[3]), wenn er die Verminderung in der Absicht[4]), die Frau zu benachteiligen, oder durch ein Rechtsgeschäft herbeiführt, das er ohne die erforderliche Zustimmung der Frau vornimmt[5]).

E I 1364 II 1348 M 4, 379 P 4, 267 ff.

1. **Grund der Vorschrift.** Der Mann ist für die Ausübung des ihm in Ansehung des Gesamtguts zustehenden Verwaltungsrechts (§ 1443) grundsätzlich gegenüber der Frau rechtlich nicht verantwortlich. Der Ausschluß einer solchen rechtlichen Verantwortlichkeit ist durch das Wesen der allgemeinen Gütergemeinschaft, bei welcher das beiderseitige Vermögen auf gemeinsamen Gedeih und Verderb vereinigt wird, geboten. Eine Verantwortlichkeit des Mannes wegen Führung der Verwaltung des Gesamtguts würde zudem die ganze Stellung des Mannes zu einer unerträglichen und die allgemeine Gütergemeinschaft zu einer unerschöpflichen Quelle von Streitigkeiten machen (M 4, 379).

2. Überläßt die Frau ihr **Sonder-** oder ihr **Vorbehaltsgut** der Verwaltung des Mannes, so haftet der Mann hierfür nicht nach § 1456, sondern nach § 1359. Vgl. auch §§ 1430, 1441.

3. Daraus, daß der Mann für die Verwaltung des Gesamtguts **nicht verantwortlich** ist, ergibt sich, daß der Mann nicht verpflichtet ist, während der Gütergemeinschaft auf Verlangen der Frau Auskunft über den Stand der Verwaltung zu erteilen. Eine andere Frage

ist es, ob der Mann sich nicht einer Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten schuldig macht, wenn er dem Wunsche der Frau, Aufschluß über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens zu erhalten, nicht entspricht (RG 72, 12). Ersatz hat der Mann nach § 1467 Abs 1 erst nach Beendigung der Gütergemeinschaft zu leisten. Die Ersatzverbindlichkeit des Mannes stellt sich nicht als Gesamtgutsverbindlichkeit, sondern als eine aus dem Gemeinschaftsverhältnisse selbst entspringende Verbindlichkeit des Mannes gegenüber der Frau dar.

4. Die Ungebundenheit des Mannes in der Verwaltung des Gesamtguts darf nicht zur Arglist führen.

5. Der Vornahme des Rechtsgeschäfts muß eine **Pflichtwidrigkeit** zugrunde liegen, was sich nach § 1359 beurteilt.

6. Über die **Verantwortlichkeit der Frau** gegenüber dem Manne ist keine Bestimmung getroffen worden. § 1456 erscheint auf sie nicht anwendbar, da sie grundsätzlich von der Verwaltung ausgeschlossen ist. Für ihre Haftung dürften die allgemeinen Grundsätze in Verbindung mit §§ 1359, 1467 Abs 1 maßgebend sein.

§ 1457

Steht der Mann unter Vormundschaft, so hat ihn der Vormund in den Rechten und Pflichten zu vertreten, die sich aus der Verwaltung des Gesamtguts ergeben[1]). Dies gilt auch dann, wenn die Frau Vormund des Mannes ist[2]).

E I 1370 II 1355 M 4, 393 P 4, 259, 272.

1. **Bevormundung des Mannes.** Der § 1457 entspricht dem § 1409. Auf die Erl. zu § 1409 wird Bezug genommen. Das Recht des Mannes zur Verwaltung des Gesamtguts (§ 1443) erlischt selbst dann nicht, wenn er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird oder einen Pfleger erhält. Auf die Frau geht das Verwaltungsrecht — abgesehen von den Ausnahme fällender §§ 1450, 1468 Nr 4 — nicht über. Vielmehr muß sie sich die Verwaltung des Gesamtguts durch den Vormund oder Pfleger (§§ 1910, 1911) gefallen lassen. Es wird darauf gerechnet, daß das Vormundschaftsgericht regelmäßig die Frau selbst, wenn sie sich dazu eignet, zum Vormund oder Pfleger bestellen werde.

2. In diesem Falle verwaltet die **Frau als Vormund** das Gesamtgut im Namen des Mannes.

§ 1458

Der eheliche Aufwand[1]) fällt dem Gesamtgute zur Last.

E II 1360 M 4, 382 P 4, 269.

1. Begriff des **ehelichen Aufwandes** § 1389 A 2. Der Mann ist berechtigt und verpflichtet, den der Frau gebührenden Unterhalt aus dem Gesamtgute zu entnehmen (RG JW 03 Beil 127[284], 07, 23[26]). Deshalb kann der Witwe, deren Ehemann durch eine unerlaubte Handlung eines anderen getötet worden ist, ein Schadensersatzanspruch (§ 844) nur für den Teil des Unterhalts zukommen, der ihr aus dem Vermögen des Mannes, aus seiner Hälfte des gütergemeinschaftlichen Vermögens, geleistet wurde (RG 69, 292).

§ 1459

[1])Aus dem Gesamtgute können die Gläubiger des Mannes[2]) und, soweit sich nicht aus den §§ 1460 bis 1462 ein anderes ergibt[3]), auch die Gläubiger der Frau[4]) Befriedigung verlangen (Gesamtgutsverbindlichkeiten[5]).

Für Verbindlichkeiten der Frau, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind[6]), haftet der Mann auch persönlich[7]) als Gesamtschuldner[8]). Die Haftung erlischt mit der Beendigung[9]) der Gütergemeinschaft, wenn die Verbindlichkeiten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander nicht dem Gesamtgute zur Last fallen[10])[11])[12])[13]).

E I 1359 II 1356 M 4, 364 ff. P 4, 261, 281.

1. Die §§ 1459—1462 regeln die **Haftung der Ehegatten gegenüber ihren Gläubigern.** Ein Ehegatte haftet entweder nur mit dem Gesamtgut oder auch persönlich. Zunächst ist zu unterscheiden, ob die Schuld vor oder nach dem Eintritte der Gütergemeinschaft entstanden ist. Im § 1459 Abs 1 ist der Grundsatz enthalten, daß Mann und Frau für alle ihre vorher entstandenen Schulden ausnahmslos mit dem Gesamtgute haften, daß dagegen für die nachher entstandenen Schulden der Mann ausnahmslos, die Frau jedoch nur, wenn keiner der Ausnahmefälle der §§ 1460—1462 vorliegt, mit dem Gesamtgute haften. — Ist

eine Verbindlichkeit der Frau, die Gesamtgutsverbindlichkeit ist und für die der Mann auch persönlich haftet (§ 1459 Abs 2), schon vor Eintritt der Gütergemeinschaft der Frau gegenüber rechtskräftig festgestellt, so ist sie kraft Gesetzes auch rechtskräftig festgestellte Verbindlichkeit des Mannes (RG 14. 4. 08 II 32/08). Das Gesamtgut haftet grundsätzlich für alle Verbindlichkeiten des Mannes wie der Frau und zwar ohne Rücksicht auf den Gegenstand der Schuld. Unrichtig ist die Ansicht, daß sich § 1459 Abs 1 nur auf Geldansprüche, nicht auf Ansprüche wegen Herausgabe bestimmter Gegenstände bezieht (RG JW 04, 176[19]). Im § 1459 Abs 2 ist die persönliche Haftung der Ehegatten für die Gesamtgutsverbindlichkeiten geregelt. Der Mann haftet persönlich für alle Gesamtgutsverbindlichkeiten, also nicht nur für die in seiner Person entstandenen — was selbstverständlich —, sondern auch für die in der Person der Frau entstandenen Gesamtgutsverbindlichkeiten, was § 1459 Abs 2 Satz 1 ausdrücklich ausspricht. Diese erweiterte Haftung des Mannes ist deshalb geboten, weil der Mann sonst sein Verfügungsrecht zum Nachteile der Frau und derjenigen ihrer Gläubiger, die im Verhältnisse der Gatten zueinander nicht Gesamtgutsgläubiger sind, dazu benutzen könnte, Gesamtgut in sein Vorbehaltsgut zu verwenden (M 4, 367; P 4, 282). Dagegen haftet die Frau persönlich, abgesehen von dem Falle des § 1480, nur für die in ihrer Person — vor oder nach Eintritt der Gütergemeinschaft — entstandenen Gesamtgutsverbindlichkeiten.

2. **Gläubiger des Mannes.** Es macht keinen Unterschied, ob der Anspruch vor oder nach dem Eintritte der Gütergemeinschaft entstanden, worauf er dem Gegenstande nach gerichtet ist (vgl. A 1), ferner, ob er sich auf das Gesamtgut oder das Vorbehalts- bezw. Sondergut bezieht und ob er aus einer unerlaubten Handlung entspringt oder auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruht. Vgl. § 1411 A 1.

3. **Beweislast.** Daß einer der Ausnahmefälle der §§ 1460—1462 vorliegt, hat der Mann zu beweisen. Für den Fall des § 1460 Abs 1 gilt jedoch eine Abweichung. Vgl. § 1460 A 2.

4. **Gläubiger der Frau.** Für sie gilt das A 2 Gesagte gleichfalls, jedoch mit den in den §§ 1460—1462 bestimmten Ausnahmen.

5. **Begriff der Gesamtgutsverbindlichkeit** der ehelichen Gütergemeinschaft. Eine Gesamtgutsverbindlichkeit ist diejenige Verbindlichkeit des einen oder des andern Ehegatten, wegen deren der Gläubiger ohne Rücksicht darauf, ob die Verbindlichkeit im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgute zur Last fällt, auch aus dem Gesamtgute Befriedigung verlangen kann. Gesamtgutsverbindlichkeit der fortgesetzten Gütergemeinschaft § 1488.

6. Alle **Verbindlichkeiten der Frau** mit Ausnahme der in den §§ 1460—1462 bezeichneten sind den Gläubigern gegenüber Gesamtgutsverbindlichkeiten. Ob sie im Verhältnisse der Ehegatten zueinander ebenfalls Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, §§ 1463—1465, kommt hier nicht in Betracht. Wegen Verbindlichkeiten der Frau, die nicht Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, können sich die Gläubiger der Frau nur an ihr Vorbehalts- bezw. Sondergut halten.

7. Aus der **persönlichen Haftung des Mannes** folgt, daß dem Gläubiger der Frau (neben dem Gesamtgut und dem Vorbehalts- bezw. Sondergute der Frau) auch das Vorbehalts- bezw. Sondergut des Mannes haftet. Dies gilt auch von Ansprüchen gegen die Frau auf Herausgabe bestimmter Gegenstände (RG JW 04, 176[19]). Mit dem Antrage auf Verurteilung des Mannes zur Zahlung aus dem Gesamtgute wird nur die Haftung des Mannes mit dem Gesamtgute, nicht aber seine persönliche Haftung geltend gemacht (RG SeuffA 65 Nr 16.

8. Gesamtschuldnerische Haftung §§ 421—425.

9. **Beendigungsgründe** sind z. B. Aufhebung der Gütergemeinschaft durch Ehevertrag oder Urteil, Tod der Frau (auch bei fortgesetzter Gütergemeinschaft, § 1483). Auf den Zeitpunkt der Beendigung der Auseinandersetzung kommt es nicht an.

10. Hieraus folgt, daß die persönliche Haftung des Mannes fortdauert, wenn die Verbindlichkeit der Frau im Verhältnisse der Ehegatten zueinander **dem Gesamtgute zur Last fällt,** §§ 1463—1465. Der Mann hat die Voraussetzungen für das Erlöschen seiner Haftung zu beweisen.

11. **Gemeinschaftlich eingegangene Verbindlichkeiten.** Besondere Bestimmungen sind hierüber nicht gegeben. Die Gütergemeinschaft steht der Eingehung einer Gesamtschuld (§§ 421 ff.) durch die Ehegatten nicht entgegen, jedoch kommt folgendes in Betracht: Schließen Ehegatten ein Rechtsgeschäft gemeinschaftlich ab, so liegt darin regelmäßig die Einwilligung des Mannes in den Abschluß des Rechtsgeschäfts durch die Frau. Die so zustande gekommene Verbindlichkeit der Frau ist eine Gesamtgutsverbindlichkeit. Der Mann haftet daher nach § 1459 Abs 2 auch für den Anteil der Frau, § 420.

12. **Zwangsvollstreckung** (M 4, 368 ff.; Prot 4, 135; 263, 6, 706 ff.; D. z. ZPO S 109 ff.). Nach § 740 ZPO ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut (Grundstücke nicht ausgenommen) ein gegen den Mann ergangenes Urteil erforderlich und genügend. Die Vor-

schrift des § 740 ZPO muß auch auf die in den §§ 1449, 1450 bezeichneten Fälle bezogen werden, in denen die Frau zur selbständigen Führung des Rechtsstreits mit Wirkung für das Gesamtgut befugt ist. Für den Fall des § 1454 gilt die besondere Bestimmung des § 742 Abs 2 ZPO. Befindet sich der zu pfändende Gegenstand im Besitze der Frau, so sind die Bestimmungen in §§ 809, 846 ff. ZPO zu beobachten. Dasselbe gilt, wenn sich der Gegenstand äußerlich als der Frau allein gehörend darstellt, z. B. ein im Grundbuch auf den Namen der Frau allein eingetragenes Recht. Betreibt die Frau selbständig ein Erwerbsgeschäft, so gilt für die Zwangsvollstreckung die im § 741 ZPO bestimmte Abweichung. Vgl. ferner wegen des Widerspruchsrechts des Mannes §§ 774, 771 ZPO. Wird der Mann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut verurteilt, so wirkt das Urteil wie ein Leistungsurteil. Der Mann wird dadurch genötigt, den Gläubiger der Frau aus dem Gesamtgute zu befriedigen und auf Erfordern den Offenbarungseid zu leisten (RG JW 09, 321[23]).

13. **Konkurs** (M 4, 370—373; P 4, 242, 263; D. z. KO S 7 ff.). Wird das Konkursverfahren über das Vermögen des Ehemannes eröffnet, so gehört das Gesamtgut zur Konkursmasse; eine Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts zwischen den Ehegatten findet nicht statt. § 2 Abs 1 KO. Die §§ 16, 51 KO finden keine Anwendung. Durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Mannes wird weder die Gütergemeinschaft kraft Gesetzes aufgelöst (M 4, 398), noch ein Recht der Frau auf Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts begründet (M 4, 371); die Frau kann wegen Überschuldung das Gesamtgut nur mit Wirkung für die Zukunft (in Ansehung des nach Beendigung des Konkursverfahrens verbleibenden Überrestes des Gesamtguts und des etwaigen späteren Erwerbes) das Recht aus § 1468 Nr 5 auf Aufhebung der Gütergemeinschaft geltend machen. Der Konkursverwalter unterliegt selbstverständlich nicht den in den §§ 1444, 1445 für den Mann bestimmten Verfügungsbeschränkungen. Durch das Konkursverfahren über das Vermögen der Frau wird das Gesamtgut überhaupt nicht berührt. § 2 Abs 2 KO.

§ 1460

[1])Das Gesamtgut haftet für eine Verbindlichkeit der Frau, die aus einem nach[2]) dem Eintritte der Gütergemeinschaft vorgenommenen Rechtsgeschäft entsteht, nur dann, wenn der Mann seine Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft erteilt[3]) oder wenn das Rechtsgeschäft ohne seine Zustimmung für das Gesamtgut wirksam[4]) ist.

Für die Kosten eines Rechtsstreits der Frau haftet das Gesamtgut auch dann, wenn das Urteil dem Gesamtgute gegenüber nicht wirksam ist.

E I 1362 Nr 1 II 1357 M 4, 373 ff. P 4, 264; 6, 277, 393.

1. **Zweck** der Bestimmung im § 1460 ist, die Rechte des Mannes in Ansehung des Gesamtguts gegen die ihm aus der Geschäfts- und Prozeßfähigkeit der Frau drohenden Gefahren zu schützen. Der § 1460 entspricht dem § 1412.

2. **Beweislast.** Daß es sich um ein nach und nicht vor dem Eintritte der Gütergemeinschaft vorgenommenes Rechtsgeschäft handelt, hat der Mann zu beweisen. Dagegen liegt dem Gläubiger der Beweis ob, daß der Mann seine Zustimmung erteilt hat oder das Rechtsgeschäft ohne seine Zustimmung ihm gegenüber wirksam ist.

3. **Ausschluß der Haftung.** Der Mann ist berechtigt, bei Erteilung der Zustimmung durch Vertrag mit dem Dritten die Haftung des Gesamtguts und seine persönliche Haftung auszuschließen. Er kann die Zustimmung unter der Bedingung, daß jene Haftung ausgeschlossen sei, erteilen. Erteilt der Mann der Frau die Einwilligung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (§§ 1452, 1405) und schließt er hierbei jene Haftung aus, so würde dies Dritten gegenüber rechtlich nicht in Betracht kommen.

4. **Wirksamkeit ohne Zustimmung.** Z. B. in den Fällen der §§ 1450—1453, 1357.

5. Auch bei der allgemeinen Gütergemeinschaft hat der Mann der Frau in einem Rechtsstreite zwischen beiden **Kostenvorschuß** zu zahlen (RG 46, 354). Vgl. § 1387 A 6.

§ 1461

Das Gesamtgut haftet nicht für Verbindlichkeiten der Frau, die infolge des Erwerbes einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses entstehen, wenn die Frau die Erbschaft oder das Vermächtnis nach dem Eintritte der Gütergemeinschaft als Vorbehaltsgut erwirbt[1]).

E I 1362 Nr 2 II 1358 M 4, 373 P 4, 264.

1. Der § 1461 entspricht dem § 1413. Auf die Erl. hierzu wird Bezug genommen. Vgl. auch § 1453.

§ 1462

Das Gesamtgut haftet nicht für eine Verbindlichkeit der Frau, die nach dem Eintritte der Gütergemeinschaft infolge eines zu dem Vorbehaltsgute gehörenden Rechtes oder des Besitzes einer dazu gehörenden Sache entsteht, es sei denn, daß das Recht oder die Sache zu einem Erwerbsgeschäfte gehört, das die Frau mit Einwilligung des Mannes selbständig betreibt[1]).

E I 1362 Nr 3 II 1359 M 4, 373 P 4, 264.

1. Der § 1462 entspricht dem § 1414. Auf die Erl. hierzu wird Bezug genommen. Wegen der gesetzlichen Unterhaltspflicht vgl. § 1604 Abs 2.

§ 1463

[1])**Im Verhältnisse der Ehegatten zueinander fallen folgende Gesamtgutsverbindlichkeiten dem Ehegatten zur Last, in dessen Person sie entstehen:**

1. **die Verbindlichkeiten aus einer unerlaubten Handlung, die er nach dem Eintritte der Gütergemeinschaft begeht, oder aus einem Strafverfahren, das wegen einer solchen Handlung gegen ihn gerichtet wird**[2]);
2. **die Verbindlichkeiten aus einem sich auf sein Vorbehaltsgut beziehenden Rechtsverhältnis, auch wenn sie vor dem Eintritte der Gütergemeinschaft oder vor der Zeit entstanden sind, zu der das Gut Vorbehaltsgut geworden ist**[3]);
3. **die Kosten eines Rechtsstreits über eine der in Nr. 1, 2 bezeichneten Verbindlichkeiten**[4]).

E I 1367 Abs 2 Nr 1, 2, 4 II 1361 M 4, 384 ff. P 4, 271; 6, 277.

1. Während die §§ 1459—1462 die Haftung der Ehegatten gegenüber ihren Gläubigern regeln, bestimmen die §§ 1463—1465, welchem Ehegatten eine **Gesamtgutsverbindlichkeit im Verhältnisse der Ehegatten zueinander zur Last fällt.** Grundsatz ist, daß alle Gesamtgutsverbindlichkeiten auch im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgute zur Last fallen. Dieser Grundsatz entspricht dem Wesen der allgemeinen Gütergemeinschaft, bei der das beiderseitige Vermögen der Ehegatten auf gemeinsamen Gedeih und Verderb vereinigt werden soll. Von diesem Grundsatze sind die in den §§ 1463—1465 bezeichneten Fälle ausgenommen. Ferner erstreckt sich dieser Grundsatz nicht auf solche Verbindlichkeiten, die überhaupt nicht Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, z. B. die in den §§ 1360, 1456 Satz 2, 1460—1462 bezeichneten Verbindlichkeiten. Wird eine unter den genannten Grundsatz fallende Gesamtgutsverbindlichkeit eines Ehegatten aus dessen Vorbehaltsgute getilgt, so muß ihm aus dem Gesamtgute Ersatz geleistet werden und zwar der Frau schon während bestehender Gütergemeinschaft, dem Manne dagegen erst nach der Beendigung der Gütergemeinschaft, § 1467 Abs 2. Bei der Auseinandersetzung nach der Beendigung der Gütergemeinschaft kann jeder Ehegatte verlangen, daß die unter jenen Grundsatz fallenden Gesamtgutsverbindlichkeiten aus dem Gesamtgute berichtigt werden, §§ 1474, 1475. Unterbleibt die Berichtigung, so haftet außerdem der Mann der Frau gegenüber für ihre Ersatzforderung persönlich, § 1481. Die Frau nimmt an der etwaigen Einbuße nicht Teil. Wird dagegen eine unter die Ausnahmen der §§ 1463—1465 fallende Gesamtgutsverbindlichkeit aus dem Gesamtgute getilgt, so muß der nach denselben Vorschriften verpflichtete Ehegatte zu dem Gesamtgut Ersatz leisten (§ 1467 Abs 1) und kann bei der Auseinandersetzung nicht verlangen, daß die Schuld aus dem Gesamtgute berichtigt wird, § 1475 Abs 2. Ist die Frau ersatzpflichtig, so erlischt die persönliche Haftung des Mannes gegenüber dem Gläubiger mit der Beendigung der Gütergemeinschaft, § 1459 Abs 2 Satz 2. Die Verpflichtung eines Ehegatten, zum Gesamtgute Ersatz zu leisten, ist eine gewöhnliche Ersatzverbindlichkeit. Die §§ 1463—1465 finden auch auf Verbindlichkeiten der Ehegatten untereinander Anwendung, soweit es sich um Gesamtgutsverbindlichkeiten überhaupt handelt. Durch Ehevertrag können die Bestimmungen in §§ 1463—1465 abgeändert werden.

2. § 1463 Nr 1 entspricht dem § 1415 Nr 1. Vgl. die Erläuterungen hierzu.

3. § 1463 Nr 2 entspricht dem § 1415 Nr 2. Vgl. die Erläuterungen hierzu. Insbesondere fällt unter § 1463 Nr 2 die gesetzliche Unterhaltspflicht eines Ehegatten, soweit sie durch den Besitz von Vorbehaltsgut begründet oder erweitert wird.

4. § 1463 Nr 3 entspricht dem § 1415 Nr 3. Vgl. die Erläuterungen hierzu.

§ 1464

[1])Im Verhältnisse der Ehegatten zueinander fallen die Kosten eines Rechtsstreits zwischen ihnen der Frau zur Last, soweit nicht der Mann sie zu tragen hat.

Das Gleiche[2]) gilt von den Kosten eines Rechtsstreits zwischen der Frau und einem Dritten, es sei denn, daß das Urteil dem Gesamtgute gegenüber wirksam ist[3]). Betrifft jedoch der Rechtsstreit eine persönliche Angelegenheit der Frau oder eine nicht unter die Vorschriften des § 1463 Nr. 1, 2 fallende Gesamtgutsverbindlichkeit der Frau[4]), so findet diese Vorschrift[5]) keine Anwendung, wenn die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten ist[6]).

E I 1367 Abs 2 Nr 4 II 1362 M 4, 384 ff. P 4, 271; 6, 277.

1. Der § 1464 entspricht dem § 1416. Vgl. die Erl. hierzu, ferner § 1463 A 1.

2. Das **Gleiche** — nämlich, daß die Kosten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander der Frau zur Last fallen.

3. Ist das **Urteil dem Gesamtgute gegenüber wirksam**, z. B. in den Fällen der §§ 1449, 1450, 1452, 1454 (vgl. auch § 1443 A 5), so fallen die Kosten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgute zur Last, vorausgesetzt, daß nicht ein Fall des § 1463 vorliegt.

4. Vgl. § 1459 A 1—6, § 1463 A 1.

5. **Diese Vorschrift** — nämlich, daß die Kosten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander der Frau zur Last fallen.

6. Solchenfalls treffen die Kosten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander das Gesamtgut.

§ 1465

[1])Im Verhältnisse der Ehegatten zueinander fällt eine Ausstattung[2]), die der Mann[3]) einem gemeinschaftlichen Kinde aus dem Gesamtgute verspricht oder gewährt, dem Manne insoweit zur Last, als sie das dem Gesamtgut entsprechende Maß übersteigt.

Verspricht oder gewährt der Mann einem nicht gemeinschaftlichen Kinde eine Ausstattung[2]) aus dem Gesamtgute[4]), so fällt sie im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Vater[5]) oder der Mutter des Kindes zur Last, der Mutter jedoch nur insoweit, als sie zustimmt[6]) oder die Ausstattung nicht das dem Gesamtgut entsprechende Maß übersteigt.

E I 1368 II 1363 M 4, 358, 383, 390 P 4, 271.

1. Der § 1465 unterscheidet Ausstattungen gemeinschaftlicher Kinder, Abs 1, und nicht gemeinschaftlicher Kinder, Abs 2. Einer natürlichen Auffassung entspricht es, die Ausstattung eines gemeinschaftlichen Kindes als eine gemeinschaftliche Last beider Ehegatten, die Ausstattung eines nicht gemeinschaftlichen Kindes als eine Sonderlast desjenigen Ehegatten, von dem das Kind abstammt, zu behandeln. Diese Auffassung liegt auch dem § 1465 zugrunde. Vgl. § 2054 Abs 1 (Ausgleichungspflicht). **Im Verhältnis der Ehegatten zueinander** fällt daher die **Ausstattung** eines gemeinschaftlichen Kindes dem Gesamtgute, die eines nicht gemeinschaftlichen Kindes dem Vorbehalts- bezw. Sondergute desjenigen Ehegatten, von dem es abstammt, zur Last. Die Ausstattung eines gemeinschaftlichen Kindes darf aber das dem Gesamtgut entsprechende Maß nicht übersteigen, andernfalls Abweichungen gelten. Insoweit die Ausstattung nach § 1624 als Schenkung anzusehen ist, kommt § 1446 (vgl. A 3 daselbst) zur Anwendung. Vgl. ferner § 1463 A 1.

2. Begriff der **Ausstattung** § 1624. Vgl. auch **RG** JW 06, 426[12]. Auf die Aussteuer (§ 1620) bezieht sich § 1465 nicht. A. M. Staudinger § 1465 A 6. Die Bestimmungen des § 1465 haben das Nichtvorhandensein einer Rechtspflicht zur Voraussetzung. Das trifft bei der Ausstattung, nicht aber bei der Aussteuer zu. Die Aussteuer hat auch anders als die Ausstattung einen gesetzlich bestimmten Umfang. Die Aussteuer einer gemeinschaftlichen oder nicht gemeinschaftlichen Tochter fällt im Verhältnisse der Ehegatten untereinander stets dem Gesamtgute zur Last.

3. Der **Mann** kann vermöge seines Verfügungsrechts (§ 1443) Ausstattungen aus dem Gesamtgut ohne Einwilligung der Frau versprechen und gewähren. Insoweit die Ausstattung aber eine Schenkung enthält, ist er durch § 1446 beschränkt. Der Frau stehen dieselben Rechte im Falle des § 1450 zu.

4. Stattet der Mann aus seinem Vorbehaltsgut ein gemeinschaftliches Kind oder ein nicht gemeinschaftliches Kind der Frau aus, so erwächst ihm unter Umständen ein Ersatzanspruch, § 1466 Abs 2.

5. Dem **Ehemanne** fällt die Ausstattung seines nicht gemeinschaftlichen Kindes im Verhältnisse der Ehegatten zueinander stets und im vollen Umfange zur Last, also gleichviel, ob die Frau zustimmt und ob die Ausstattung das dem Gesamtgut entsprechende Maß einhält.

6. **Stimmt die Frau** der Ausstattung ihres nicht gemeinschaftlichen Kindes **zu**, so fällt die Ausstattung im Verhältnisse der Ehegatten zueinander ihr im vollen Umfange zur Last, also auch in Ansehung desjenigen Teiles, um den die Ausstattung das dem Gesamtgut entsprechende Maß übersteigt. Übersteigt die Ausstattung dieses Maß und stimmt die Frau nicht zu, so macht sich der Mann nach § 1456 ersatzpflichtig, wenn nicht ein Ausnahmefall des § 1446 Abs 2 (A 3 daselbst) vorliegt.

§ 1466

[1])Verwendet der Mann Gesamtgut in sein Vorbehaltsgut[2]), so hat er den Wert[3]) des Verwendeten zu dem Gesamtgute zu ersetzen[4]).

Verwendet der Mann Vorbehaltsgut in das Gesamtgut[5]), so kann er Ersatz[6]) aus dem Gesamtgute verlangen[7]).

E I 1365 II 1364 M 4, 381 P 4, 269; 6, 281.

1. **Grund der Vorschrift.** Der Mann ist vermöge seines Verfügungsrechts jederzeit in der Lage, Gesamtgut in sein Vorbehaltsgut zu verwenden. Für solche Verwendungen würde er nach allgemeinen Grundsätzen höchstens zur Herausgabe der zur Zeit der Rechtshängigkeit noch vorhandenen Bereicherung haften. Selbst diese Verpflichtung könnte bezweifelt werden. Zum Schutze der Ehefrau ist daher dem freien Verfügungsrechte des Mannes im § 1466 Abs 1 eine Schranke gesetzt worden. Dementsprechend ist dem Manne für den umgekehrten Fall im § 1466 Abs 2 ein Ersatzanspruch gegeben worden. Wegen der Ausgleichung des Vorbehaltsguts und des eingebrachten Gutes beim gesetzlichen Güterrechte vgl. § 1417.

2. **Verwendung von Gesamtgut in Vorbehaltsgut** liegt z. B. vor, wenn der Mann eine nach § 1463 im Verhältnisse der Ehegatten ihm zur Last fallende Verbindlichkeit aus Mitteln des Gesamtguts tilgt.

3. Der **Wert**, den das Verwendete zur Zeit der Verwendung gehabt hat, ist zu ersetzen.

4. Die **Ersatzpflicht des Mannes** entsteht ohne Rücksicht darauf, ob ihm ein Verschulden zur Last fällt. Die Ersatzpflicht ist eine gewöhnliche Ersatzverbindlichkeit, keine bloße Anrechnungspflicht. Neben den Voraussetzungen des § 1456 Satz 2 ist der Mann sogar für eine Verminderung des Gesamtguts ersatzpflichtig.

5. **Verwendung von Vorbehaltsgut in das Gesamtgut** liegt z. B. vor, wenn der Mann aus Mitteln seines Vorbehaltsguts den nach § 1458 dem Gesamtgute zur Last fallenden ehelichen Aufwand — zu dem auch sein eigener standesgemäßer Unterhalt gehört, § 1458 A 1, § 1389 A 2 — bestreitet.

6. Der **Ersatz** ist nach dem Werte des Verwendeten zur Zeit der Verwendung zu leisten. Hatte der Mann nicht die Absicht, Ersatz zu verlangen, so entfällt der Ersatzanspruch, § 685 Abs 1. Über die Fälligkeit der Ersatzansprüche trifft § 1467 Bestimmung.

7. Auf Verwendungen aus dem Gesamtgut in das **Vorbehaltsgut der Frau** sowie aus letzterem in ersteres finden die allgemeinen Grundsätze über Geschäftsführung ohne Auftrag und Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung Anwendung.

§ 1467

[1])Was ein Ehegatte zu dem Gesamtgut[2]) oder die Frau zu dem Vorbehaltsgute des Mannes[3]) schuldet, ist erst nach der Beendigung der Gütergemeinschaft zu leisten; soweit jedoch zur Berichtigung einer Schuld der Frau deren Vorbehaltsgut ausreicht, hat sie die Schuld schon vorher zu berichtigen[4]).

Was der Mann aus dem Gesamtgute zu fordern hat, kann er erst nach der Beendigung der Gütergemeinschaft fordern[5]).

E I 1369 II 1365 M 4, 390 ff. P 4, 272.

1. Grundsätzlich ist dasjenige, **was ein Ehegatte zu dem Gesamtgute schuldet**, erst nach Beendigung der Gütergemeinschaft zu leisten, Abs 1. Dem Wesen der allgemeinen Gütergemeinschaft entspricht es, daß diese Ansprüche solange ruhen, zumal ein Ehegatte, der nicht Vorbehaltsgut hat, während der Gemeinschaft gar nicht in der Lage ist, seiner Erfüllungspflicht zu genügen. In Ansehung desjenigen, was ein Ehegatte aus dem

Gesamtgute zu fordern hat (Abs 2), sind Mann und Frau aus besonderen Gründen verschieden behandelt. Arreste und einstweilige Verfügungen sind durch § 1467 nicht ausgeschlossen.

2. Z. B. die **Ersatzverbindlichkeiten des Mannes** auf Grund der §§ 1456 Satz 2, 1466 Abs 1. Die Vorschrift bezieht sich übrigens auf alle Verbindlichkeiten eines Ehegatten gegenüber dem Gesamtgute.

3. Z. B. die **Ersatzverbindlichkeiten der Frau** wenn der Mann aus Mitteln seines Vorbehaltsguts eine nach §§ 1463—1465 der Frau zur Last fallende Verbindlichkeit tilgt. Auch alle sonstigen Verbindlichkeiten der Frau gegenüber den Vorbehaltsgute des Mannes fallen unter die Vorschrift. Der umgekehrte Fall, wenn der Mann etwas zu dem Vorbehaltsgute der Frau schuldet, ist im § 1467 nicht erwähnt. Für ihn gelten zur Sicherung der Frau die allgemeinen Grundsätze. Die Frau ist also nicht gehindert, derartige Ansprüche schon während der Gütergemeinschaft geltend zu machen. Wegen des Sonderguts der Frau vgl. §§ 1439, 1539.

4. Hat die Frau **ausreichendes Vorbehaltsgut** so liegt zur Hinausschiebung ihrer Erfüllungspflicht gegenüber dem Gesamtgut und gegenüber dem Vorbehaltsgute des Mannes kein Grund vor. Der Mann hat das Vorhandensein ausreichenden Vorbehaltsguts zu beweisen. Hat der Mann Vorbehaltsgut, so ist er dennoch nicht verpflichtet, das, was er zu dem Gesamtgute schuldet, schon während der Gemeinschaft zu leisten. Vermöge seines Verfügungsrechts würde er über das Geleistete sofort wieder verfügen können, ohne der Frau verantwortlich zu sein. Die Hinausschiebung der Leistung gereicht sonach der Frau zum Vorteile.

5. **Forderungen des Mannes** z. B. der Ersatzanspruch aus § 1466 Abs 2. Der umgekehrte Fall, wenn die Frau etwas aus dem Gesamtgute zu fordern hat, ist nicht erwähnt. Für ihn gelten zur Sicherung der Frau die allgemeinen Grundsätze. Die Frau ist also nicht gehindert, derartige Ansprüche schon während der Gemeinschaft geltend zu machen. — Die Verzinsungspflicht ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen.

§ 1468

[1])Die Frau[2]) kann auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen[3]):

1. wenn der Mann ein Rechtsgeschäft der in den §§ 1444 bis 1446 bezeichneten Art ohne Zustimmung[4]) der Frau vorgenommen hat[5]) und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung[6]) der Frau zu besorgen ist;

2. wenn der Mann das Gesamtgut in der Absicht, die Frau zu benachteiligen, vermindert hat[7]);

3. wenn der Mann seine Verpflichtung, der Frau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen Unterhalt zu gewähren, verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung[6]) des Unterhalts zu besorgen ist[8]);

4. wenn der Mann wegen Verschwendung[9]) entmündigt ist oder wenn er das Gesamtgut durch Verschwendung erheblich gefährdet[10])[6]);

5. wenn das Gesamtgut infolge von Verbindlichkeiten, die in der Person des Mannes entstanden sind, in solchem Maße überschuldet[11]) ist, daß ein späterer Erwerb der Frau erheblich gefährdet[6]) wird[12]).

E I 1372 II 1366 M 4, 393 ff. P 4, 273 ff.

1. Die §§ 1468—1470 regeln die Fälle, in denen die Frau oder der Mann die **Aufhebung der Gütergemeinschaft durch gerichtliches Urteil** herbeiführen können. Andere Gründe der Beendigung des Güterstandes führt das Gesetz nicht auf. Selbstverständlich endigt die Gütergemeinschaft — abgesehen von den Bestimmungen über die fortgesetzte Gütergemeinschaft — auch mit der Auflösung der Ehe (Tod eines Ehegatten, Scheidung der Ehe und Wiederverheiratung eines Ehegatten im Falle der Todeserklärung des andern Ehegatten). Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575) steht der Scheidung gleich, § 1568. Wird die eheliche Gemeinschaft nach der Aufhebung wiederhergestellt, so tritt Gütertrennung ein, § 1587. Im Falle der Nichtigkeitserklärung der Ehe wird festgestellt, daß die Ehe nie bestanden habe, mithin auch die Gütergemeinschaft nie eingetreten sei. In diesem Falle sind für die Vermögensauseinandersetzung die allgemeinen Grundsätze (über Rückforderung, Auftrag, auftragslose Geschäftsführung) maßgebend. Tatsächliches Getrenntleben der Ehegatten berührt, auch wenn es gerichtlich gestattet ist (§ 627 ZPO) an sich den Güterstand nicht, unbeschadet der Befugnis des Gerichts zum Erlaß einstweiliger Verfügungen, § 940 ZPO, § 1418 A 12. Selbstverständlich kann auch durch

Ehevertrag die Beendigung der Gütergemeinschaft bestimmt werden. Beendigungsgründe sind dagegen nicht die Todeserklärung eines Ehegatten (Abweichung von § 1420) M 4, 393, und die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Ehegatten (Abweichung von § 1419) M 4, 398, 535; Prot 4, 277 ff. Vgl. § 1459 A 13.

2. Hat die **Frau** einen gesetzlichen Vertreter, so steht das Klagerecht nur diesem zu, §§ 51 ff. ZPO. Anders bei Aufhebung der Gütergemeinschaft durch Vertrag, § 1437. Der Rechtsstreit ist keine Ehesache.

3. Die **Klage auf Aufhebung der Gütergemeinschaft** ist im Falle der Entmündigung des Mannes wegen Verschwendung gegen seinen Vormund, in allen übrigen Fällen gegen den Mann und, wenn er einen gesetzlichen Vertreter hat, gegen diesen zu richten. Das Verfahren in Ehesachen (§§ 606—639 ZPO) findet keine Anwendung. Zuständig für die Klage aus § 1468 ist gemäß § 23, § 70 Abs 1 GVG das Landgericht, da es sich um einen nicht vermögensrechtlichen Anspruch handelt. Die Klage kann der Mann durch Erbieten zum Abschluß eines die Aufhebung der Gütergemeinschaft bestimmenden Ehevertrags abwenden (M 4, 399; § 1436).

4. Ein unter Vorbehalt der Genehmigung der Frau vorgenommenes Rechtsgeschäft fällt nicht unter § 1468 Nr 1 (M 4, 345).

5. Das Gesetz erblickt in einer Überschreitung der dem Verwaltungsrechte des Mannes durch die §§ 1444—1446 gezogenen Schranken eine selbstverschuldete Täuschung des von der Frau in den Mann gesetzten Vertrauens, denn die Gütergemeinschaft ist ein Vertrauensverhältnis (M 4, 394, 395). Verschulden braucht dem Manne nicht besonders nachgewiesen zu werden.

6. Über **erhebliche Gefährdung** vgl. § 1391 A 5. Sie kann in der Besorgnis, daß sich derartige Überschreitungen des Verwaltungsrechts wiederholen werden, liegen, aber auch schon durch das vom Manne vorgenommene Rechtsgeschäft selbst mit Rücksicht auf sein Unvermögen zu künftiger Ersatzleistung begründet sein. § 1456.

7. Dies ist einer der Fälle des § 1456 Satz 2. Vgl. 1456 A 4.

8. Dies ist der Fall des § 1418 Abs 1 Nr 2 Satz 1. Vgl. § 1418 A 5, 6.

9. **Entmündung wegen Verschwendung** § 6 Abs 1 Nr 2. Entmündigung wegen Trunksucht genügt nicht. Wird nach der Aufhebung der Gütergemeinschaft die Entmündigung wegen Verschwendung wiederaufgehoben oder der Entmündigungsbeschluß mit Erfolg angefochten, so steht dem Manne die Klage auf Wiederherstellung seiner Rechte nicht zu (Abweichung von § 1425).

10. Diese Bestimmung ist gegeben, damit die Frau nicht ohne Not gedrängt wird, die Entmündigung des Mannes zu beantragen (M 4, 397).

11. Zur **Überschuldung** wird Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes nicht vorausgesetzt (vgl. A 1), ebensowenig Verschulden des Mannes.

12. Vorläufige Aufhebung der Gütergemeinschaft durch einstweilige Verfügung erscheint nicht statthaft. Vgl. § 1418 A 12.

§ 1469

[1])Der Mann kann auf Aufhebung der Gütergemeinschaftklagen, wenn das Gesamtgut infolge von Verbindlichkeiten der Frau, die im Verhältnisse der Ehegatten zueinander nicht dem Gesamtgute zur Last fallen[2]), in solchem Maße überschuldet ist, daß ein späterer Erwerb des Mannes erheblich gefährdet[3]) wird.

E II 1367 M 4, 394 P 4, 279.

1. **Grund der Vorschrift.** Der § 1469 entspringt einer Forderung der ausgleichenden Gerechtigkeit gegenüber dem Rechte der Frau aus § 1468 Nr 5. Vgl. § 1468 A 1—3.

2. Solche **Verbindlichkeiten der Frau** §§ 1463—1465. Mit der Beendigung der Gütergemeinschaft erlischt die persönliche Haftung des Mannes für diese Verbindlichkeiten der Frau, § 1459 Abs 2 Satz 2.

3. **Erhebliche Gefährdung** § 1391 A 5.

§ 1470

Die Aufhebung der Gütergemeinschaft tritt in den Fällen der §§ 1468, 1469 mit der Rechtskraft des Urteils[1]) ein. Für die Zukunft gilt Gütertrennung[2]).

Dritten gegenüber ist die Aufhebung der Gütergemeinschaft nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam.

E I 1371 Nr 2, 1381 Abs 2 II 1368 M 4, 394, 418 P 4, 272, 293; 6, 281.

1. Ebenso § 1418 Abs 2. Vgl. § 1418 A 11, 12, § 1479.

2. **Gütertrennung** §§ 1426—1431.

§ 1471

Nach der Beendigung[1]) der Gütergemeinschaft findet in Ansehung des Gesamtguts die Auseinandersetzung[2]) statt.

Bis zur Auseinandersetzung gelten für das Gesamtgut die Vorschriften des § 1442[3]).

E I 1373 Abs 1 Halbs 1, 1376 II 1369 Satz 1, 1370 M 4, 400 ff, 410 P 4, 279, 282; 2, 342.

1. Gründe der **Beendigung der Gütergemeinschaft**, vgl. § 1468 A 1.

2. Jeder Ehegatte kann im Weigerungsfalle auf Vornahme der **Auseinandersetzung** klagen. § 1471 Abs 1 schließt sich dem § 730 Abs 1 an. Das Recht auf Auseinandersetzung kann durch Vertrag weder ausgeschlossen, noch eingeschränkt werden. Vermittelung der Auseinandersetzung durch das Amtsgericht §§ 99, 193 FGG.

3. Aus § 1471 Abs 2 ergibt sich, daß die während der Gütergemeinschaft bestandene **Gemeinschaft zur gesamten Hand** (§ 1438 A 1, § 1442 A 1) nach der Beendigung der Gütergemeinschaft bis zum Abschlusse der Auseinandersetzung fortdauert. Hierbei gelten jedoch die aus §§ 1471—1473 hervorgehenden Abweichungen. Nach § 860 Abs 2 ZPO ist nach Beendigung der Gütergemeinschaft der Anteil an dem Gesamtgute zugunsten der Gläubiger des Anteilsberechtigten der Pfändung unterworfen. Zulässig erscheint ein Vertrag, durch den ein Ehegatte (bezw. dessen Rechtsnachfolger) die Verpflichtung übernimmt, sein durch die Auseinandersetzung zu ermittelndes Guthaben abzutreten oder zu verpfänden. Vgl. § 1442 A 2. — § 1442 ist auch für den Erwerb der Früchte maßgebend (RG Gruch 49, 955).

§ 1472

Die Verwaltung des Gesamtguts steht bis zur Auseinandersetzung beiden Ehegatten[1]) gemeinschaftlich zu[2]). Die Vorschriften des § 1424 finden entsprechende Anwendung[3]).

Jeder Ehegatte ist dem andern gegenüber verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken[4]), die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind; die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln kann jeder Ehegatte ohne Mitwirkung des andern treffen[5]).

E I 1373 Abs 1 Satz 2, 3 II 1371 M 4, 400 ff. P 4 279; 5, 135; 6 393

1. Ist die Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten beendigt, so steht die Verwaltung seinen Erben und dem überlebenden Ehegatten gemeinschaftlich zu. Die §§ 1471 bis 1481 finden auch auf den Fall Anwendung, daß die Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten beendigt ist, es sei denn, daß fortgesetzte Gütergemeinschaft (§ 1483) eintritt.

2. **Gemeinschaftliche Verwaltung des Gesamtguts.** Während bis zur Beendigung der Gütergemeinschaft das Gesamtgut der Verwaltung des Mannes unterliegt (§ 1443 Abs 1 Satz 1), steht nach der Beendigung der Gütergemeinschaft bis zur Auseinandersetzung die Verwaltung beiden Ehegatten gemeinschaftlich zu. Diese Bestimmung entspricht dem § 744 Abs 1 (Gemeinschaft). Aus der Gemeinschaftlichkeit der Verwaltung folgt, daß die Frau vom Manne die Einräumung des Mitbesitzes an dem vom Manne besessenen Gesamtgutsgegenständen verlangen kann, daß beide Ehegatten nur gemeinsam über das Gesamtgut und die dazugehörenden Gegenstände verfügen und darüber Rechtsstreitigkeiten als Kläger oder Beklagte führen können, § 1443 Abs 1 Satz 2. Über den Anteil eines Ehegatten an dem Gesamtgut und an den einzelnen dazugehörenden Gegenständen können sie auch nicht gemeinsam verfügen, § 1442 Abs 1, § 1471 Abs 2. Nimmt ein Ehegatte ein Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Mitwirkung des andern Ehegatten vor, so ist die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nach den §§ 182—185 zu beurteilen. Einseitige Rechtsgeschäfte, die sich auf das Gesamtgut beziehen und während der Gütergemeinschaft dem Manne gegenüber vorzunehmen gewesen wären, sind beiden Ehegatten gegenüber vorzunehmen. Lasten und Kosten treffen in sinnentsprechender Anwendung des § 748 (Planck A 3) jeden Ehegatten im Verhältnisse zueinander zur Hälfte. Die Nutzungen werden nach § 1473 Abs 1 Gesamtgut. Nicht in das Gesamtgut fällt der von einem Ehegatten außerhalb der

Grenzen des § 1473 Abs 1 gemachte Erwerb. Die nach der Beendigung der Gütergemeinschaft für einen der beiden Ehegatten begründeten Verbindlichkeiten werden nicht mehr Gesamtgutsverbindlichkeiten.

3. Aus der entsprechenden Anwendung des § 1424 folgt nicht nur, daß der Mann die dort bezeichneten Rechte und Pflichten hinsichtlich der Fortführung der Verwaltung über den Zeitpunkt der Beendigung der Gütergemeinschaft hinaus hat, sondern auch, daß jeder Ehegatte die in § 1424 Abs 2 bezeichnete Pflicht zur Besorgung dringlicher Geschäfte hat, wenn einer der Ehegatten während der gemeinschaftlichen Verwaltung stirbt. Dies entspricht übrigens auch dem im § 1472 Abs 2 Satz 2 ausgesprochenen Grundsatze.

4. **Mitwirkungspflicht.** Eine Ersetzung der zu einer Maßregel erforderlichen Mitwirkung des andern Ehegatten durch das Vormundschaftsgericht (vgl. §§ 1447, 1451) ist nicht vorgesehen. Auf Erfüllung der Mitwirkungspflicht kann geklagt werden. Verwandte Vorschrift § 2038 (Miterben).

5. Die Ehegatten sind einander nach Maßgabe des § 1359 verantwortlich. — Jeder Ehegatte kann alle zur Feststellung, Erhaltung oder Sicherstellung der Teilungsmasse erforderlichen Maßregeln selbständig ohne Mitwirkung des andern Ehegatten ergreifen. Dazu gehört insbesondere die Befugnis, einen Dritten, in dessen Händen sich Teilungsgut befindet, zur Ablieferung des letzteren an die Gesamtheit der Berechtigten anzuhalten. Ist der andere Ehegatte selbst der Prozeßgegner (z. B. wenn die Frau den vom Manne während des Scheidungsverfahrens vorgenommenen Verkauf des gütergemeinschaftlichen Grundbesitzes gegen den Mann und den Erwerber anficht und Rückgabe des Kaufgegenstandes an sie und ihren Mann verlangt), so verbietet sich die Mitwirkung des andern Ehegatten von selbst (RG 48, 269).

6. Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut, §§ 743, 744 ZPO; Antrag auf Aufgebot der Gläubiger eines zum Gesamtgute gehörigen Nachlasses § 999 ZPO; Antrag auf Eröffnung des Konkurses über einen zum Gesamtgute gehörigen Nachlaß § 218 KO.

§ 1473

Was auf Grund eines zum Gesamtgute gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesamtgute gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf das Gesamtgut bezieht, wird Gesamtgut[1]).

Die Zugehörigkeit einer durch Rechtsgeschäft erworbenen Forderung zum Gesamtgute hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis[2]) erlangt; die Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung[3]).

E I 1373 Abs 2 II 1372 M 4, 405 P 4, 279; 6, 282, 326.

1. Die Vorschrift des § 1473 Abs 1 entspricht dem § 1370. Vgl. die Erl. zu § 1370. Gleiche Vorschriften § 718 Abs 2 (Gesellschaftsvermögen), § 1524 Abs 1 (eingebrachtes Gut bei Errungenschaftsgemeinschaft), § 2041 (Erbschaft), § 2111 Abs 1 Satz 1 (Vorerbschaft). Der von einem Ehegatten außerhalb der durch § 1473 Abs 1 gezogenen Grenzen gemachte Erwerb verbleibt ihm allein, § 1472 A 2. — Gehört zum Gesamtgut eine verzinsliche Forderung, so werden die Zinsen Gesamtgut. Die Ansicht, daß jedem Teil die Hälfte der Zinsen gebühre, ist nicht richtig (RG Gruch 49, 955).

2. Der **Kenntnis** steht das Kennenmüssen nicht gleich.

3. Gleiche Vorschriften § 720 (Gesellschaftsanspruch), § 1524 Abs 2 (Forderung des eingebrachten Gutes bei Errungenschaftsgemeinschaft), § 2019 Abs 2, § 2041 Satz 2 (Erbschaftsanspruch), § 2111 Abs 1 Satz 2 (Anspruch der Vorerbschaft).

§ 1474

[1])Die Auseinandersetzung[2]) erfolgt, soweit nicht eine andere Vereinbarung[3]) getroffen wird, nach den §§ 1475 bis 1481.

E I 1376 II 1369 Satz 2 M 4, 410 P 4, 244, 282.

1. Die Vorschrift des § 1474 entspricht dem § 731 Satz 1 (Gesellschaft).

2. Jeder Ehegatte hat einen klagbaren Anspruch auf Auseinandersetzung, § 1471 A 2.

3. Eine **Vereinbarung**, die nur die nach der Beendigung der Gütergemeinschaft abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen vorzunehmenden Auseinandersetzung betrifft, ist kein Ehevertrag (§ 1432 A 3) und bedarf nicht der im § 1434 vorgeschriebenen Form. Die Vereinbarung darf selbstverständlich Rechte Dritter (z. B. § 1480) nicht beeinträchtigen.

§ 1475

Aus dem Gesamtgute sind zunächst die Gesamtgutsverbindlichkeiten¹) zu berichtigen²). Ist eine Gesamtgutsverbindlichkeit noch nicht fällig oder ist sie streitig³), so ist das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten⁴).

Fällt eine Gesamtgutsverbindlichkeit im Verhältnisse der Ehegatten zueinander einem der Ehegatten allein zur Last⁵), so kann dieser⁶) die Berichtigung aus dem Gesamtgute nicht verlangen⁷).

Zur Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten ist das Gesamtgut, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen⁸).

E I 1377 Abs 1, 1378 Abs 1 II 1373 M 4, 410 ff. P 4, 283 ff.; 6, 282.

1. Begriff der **Gesamtgutsverbindlichkeit** § 1459 A 5. Ob das Gesamtgut einem Dritten oder einem Ehegatten verbindlich ist, macht keinen Unterschied. Zu den Gesamtgutsverbindlichkeiten gehören also auch die Ersatzansprüche eines Ehegatten an das Gesamtgut, § 1466 Abs 2, § 1467 Abs 2 (Ersatzansprüche des Mannes), § 1456 Satz 2, § 1466 Abs 1 (Ersatzansprüche der Frau). Ist der ersatzberechtigte Ehegatte dem Gesamtgute zugleich ersatzpflichtig, so kann er aufrechnen, falls die Voraussetzungen der § 387 ff. vorliegen.

2. **Berichtigung** kann durch Erfüllung (§§ 362 ff.), Hinterlegung (§§ 272 ff.) oder Aufrechnung (§§ 387 ff.) erfolgen. Jeder Ehegatte hat ein Recht auf Vornahme der Berichtigung.

3. **Streitig** ist eine Verbindlichkeit, wenn über ihre Rechtsbeständigkeit, Höhe, Fälligkeit oder Berichtigungsweise Streit herrscht, sei es unter den Ehegatten, sei es zwischen diesen einerseits und dem Gläubiger anderseits.

4. § 1475 Abs 1 entspricht dem § 733 Abs 1 (Gesellschaftsvermögen). **Zurückbehalten** wird das Erforderliche, indem es fernerhin in der gemeinschaftlichen Verwaltung behalten wird. Das Recht hierauf schließt das Recht auf Hinterlegung oder Sicherheitsleistung (unbeschadet der Erwirkung hierauf gerichteter einstweiliger Verfügungen) aus und steht jedem Ehegatten gegenüber dem andern Ehegatten, nicht aber dem Gläubiger gegenüber dem Ehegatten zu. Dem Gläubiger gegenüber sind die Ehegatten zur Hinterlegung befugt, wenn die Voraussetzungen des § 372 vorliegen.

5. Dies sind die in den §§ 1463—1465 bezeichneten Gesamtgutsverbindlichkeiten.

6. Wohl aber kann der andere Ehegatte, dem die Gesamtgutsverbindlichkeit nicht zur Last fällt, die Berichtigung aus dem Gesamtgute verlangen. Daran muß ihm liegen, weil er, falls die Berichtigung unterbleibt, dem Gläubiger nach § 1480 mit den ihm zugeteilten Gegenständen haften würde. Erfolgt die Berichtigung aus dem Gesamtgute, so wird der Ehegatte, dem die Gesamtgutsverbindlichkeit zur Last fällt, dem Gesamtgut ersatzpflichtig und muß sich das Geleistete auf seinen Teil anrechnen lassen oder bleibt, soweit Ersatzleistung nicht durch Anrechnung erfolgt, dem andern Ehegatten verpflichtet, § 1476 Abs 2.

7. Die Vorschrift des § 1475 Abs 2 ist eine Folge davon, daß es sich nur um Regelung des inneren Verhältnisses der Ehegatten zueinander handelt. Bei unzureichender Masse kann dies freilich zu einer Bevorzugung derjenigen Gläubiger führen, die auch im Verhältnisse der Ehegatten zueinander Gesamtgutsgläubiger sind (M 4, 412).

8. **Umsetzung in Geld.** § 1475 Abs 3 entspricht dem § 733 Abs 3 (Gesellschaftsvermögen) und dem § 2046 Abs 3 (Nachlaß). Bei Ersatzansprüchen eines Ehegatten an das Gesamtgut (oben A 1) kann der ersatzberechtigte Ehegatte, falls der ersatzpflichtige Ehegatte den zu ersetzenden Betrag nicht bar einzahlt, Umsetzung von Gesamtgut in Geld verlangen. Das Recht auf Umsetzung in Geld geht dem Rechte eines Ehegatten aus § 1477, einen Gegenstand gegen Werterſatz zu übernehmen, vor. Die Umsetzung erfolgt nach Maßgabe der §§ 753, 754.

9. Bei **Unzulänglichkeit des Gesamtguts** kann jeder Ehegatte zwar nicht konkursmäßige (M 4, 412; Prot 4, 285), aber doch verhältnismäßige Befriedigung der Gläubiger verlangen und kein Ehegatte macht sich nach § 1480 haftbar, wenn die vollstreckbaren Forderungen zuerst und die übrigen nach der Reihenfolge ihrer Anmeldung berichtigt werden (Planck A 5).

§ 1476

Der nach der Berichtigung¹) der Gesamtgutsverbindlichkeiten²) verbleibende Überschuß³) gebührt den Ehegatten zu gleichen Teilen⁴).

Was einer der Ehegatten zu dem Gesamtgute zu ersetzen verpflichtet ist[3]), muß er sich auf seinen Teil anrechnen lassen[5]). Soweit die Ersatzleistung nicht durch Anrechnung erfolgt, bleibt er dem andern Ehegatten verpflichtet[6]).

E I 1377 Abs 2—4 II 1374 M 4, 413 P 4, 282.

1. Berichtigung § 1475 A 2. 2. Gesamtgutsverbindlichkeiten § 1475 A 1.

3. Dieser **Überschuß** bildet die Teilungsmasse. Ihr ist jedoch hinzuzurechnen das, was der Mann zu dem Gesamtgute nach § 1456 Satz 2, § 1466 Abs 1 zu ersetzen hat, ferner das, was aus dem Gesamtgute zur Tilgung einer Gesamtgutsverbindlichkeit aufgewendet worden ist, die im Verhältnisse der Ehegatten nicht dem Gesamtgute zur Last fällt (§§ 1463—1465. Vgl. § 1475 A 6; M 4, 413). Beispiel: Der Überschuß beträgt 1000 Mk. Der Mann hat 400 Mk. zu ersetzen. Dann ist Teilungsmasse 1000 + 400 = 1400 Mk. Davon erhält der Mann 700 — 400 = 300 Mk., die Frau 700 Mk.

4. § 1476 Abs 1 entspricht dem § 742 (Gemeinschaft nach Bruchteilen). Ausnahme § 1478. Darauf, was jeder Ehegatte in die Gütergemeinschaft eingebracht oder während derselben erworben hat, kommt es nicht an.

5. Infolge der Anrechnung wird ein entsprechender Teil des Gesamtguts zur Befriedigung des andern Ehegatten frei. Anderseits muß sich der ersatzpflichtige Ehegatte die Anrechnung nicht nur gefallen lassen, sondern er kann sie auch erwarten und, insoweit darin der ersatzberechtigte Ehegatte Deckung findet, Erfüllung vor der Teilung verweigern.

6. Der andere Ehegatte hat dann einen persönlichen Anspruch und steht mit den übrigen Gläubigern des ersatzpflichtigen Ehegatten, die nicht Gesamtgutsgläubiger sind, auf gleicher Stufe. Hieraus folgt, daß die Ersatzverbindlichkeit nicht eine bloße, auf die dem Ersatzpflichtigen zugeteilten Gegenstände beschränkte Ausgleichungspflicht (wie z. B. die der Abkömmlinge als Miterben, §§ 2050, 2055, 2056), sondern eine gewöhnliche Ersatzverbindlichkeit ist.

§ 1477

Die Teilung des Überschusses erfolgt nach den Vorschriften über die Gemeinschaft[1]).

Jeder Ehegatte kann gegen Ersatz des Wertes[2]) die ausschließlich zu seinem persönlichen Gebrauche bestimmten Sachen, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte[3]), sowie diejenigen Gegenstände übernehmen[4]), welche er in die Gütergemeinschaft eingebracht oder während der Gütergemeinschaft durch Erbfolge, durch Vermächtnis oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erworben hat[5]).

E I 1378 Abs 2 II 1375 M 4, 414 P 4, 285; 5, 135.

1. **Vorschriften über die Aufhebung der Gemeinschaft** §§ 752—757, mit Ausnahme von § 755, an dessen Stelle § 1475 tritt. Danach erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft grundsätzlich durch Teilung in Natur und nur, wenn solche gemäß § 752 ausgeschlossen ist, durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und Teilung des Erlöses, § 753. Eine gemeinschaftliche Forderung ist einzuziehen und nur, wenn die Einziehung nicht möglich, zu verkaufen, § 754. Der Grundsatz des § 756 ist hinsichtlich der Ersatzverbindlichkeiten eines Ehegatten gegenüber dem Gesamtgut im § 1476 Abs 2 anerkannt. Nach § 757 regelt sich die gegenseitige Gewährleistung. Die Beteiligten können eine andere Art der Teilung vereinbaren, z. B. statt des Verkaufs die Übernahme eines gemeinschaftlichen Gegenstandes zum Schätzungswerte. Vgl. § 1474 A 3.

2. Der **Wert**, den der Gegenstand zur Zeit der Übernahme hat, ist maßgebend.

3. **Ausschließlich zum persönlichen Gebrauche bestimmte Sachen.** Vgl. Erl. zu §§ 1362, 1366.

4. Das **Übernahmerecht** steht jedem Ehegatten selbständig zu und gelangt erst bei der Teilung zur Ausübung. Es muß zurückstehen, wenn der Übernahmegegenstand vom Gesamtgut einem Dritten geschuldet wird oder seine Versilberung behufs Berichtigung von Gesamtgutsverbindlichkeiten erforderlich ist (§ 1475 A 8). Letzteres ist nicht der Fall, wenn die Berichtigung durch Versilberung anderer Gegenstände als der zu übernehmenden ermöglicht werden kann. Das Übernahmerecht geht auf die Rechtsnachfolger, insbesondere die Erben des Berechtigten über. — Vor Feststellung der Höhe der Gesamtgutsverbindlichkeiten und vor der weiteren Feststellung, daß zu deren Tilgung die Umsetzung der vom Manne in die Ehe eingebrachten Grundstücke in Geld nicht erforderlich ist, ist der Mann nicht befugt, die Herausgabe der Grundstücke an ihn gegen Werterssatz zu verlangen und der auf Antrag der Frau zwecks Aufhebung der Gemeinschaft beantragten Zwangsversteigerung der Grundstücke zu widersprechen (RG 73, 41).

5. Grundbuchverkehr §§ 37, 38, 99 GO.

§ 1478

[1])**Sind die Ehegatten geschieden**[2]) **und ist einer von ihnen allein für schuldig erklärt**[3]), **so kann der andere verlangen**[4]), **daß jedem von ihnen der Wert**[5]) **desjenigen zurückerstattet wird, was er in die Gütergemeinschaft eingebracht hat; reicht der Wert des Gesamtguts zur Rückerstattung nicht aus, so hat jeder Ehegatte die Hälfte des Fehlbetrags zu tragen**[6]).

Als eingebracht ist anzusehen, was eingebrachtes Gut gewesen sein würde, wenn Errungenschaftsgemeinschaft bestanden hätte[7]). **Der Wert des Eingebrachten bestimmt sich nach der Zeit der Einbringung.**

Das im Abs. 1 bestimmte Recht steht auch dem Ehegatten zu, dessen Ehe wegen seiner Geisteskrankheit geschieden worden ist[8]).

E II 1376 M 4, 610 ff. P 4, 438 ff.

1. **Zweck der Vorschrift.** Der erst bei der zweiten Lesung geschaffene § 1478 will den Härten begegnen, die nach dem Standpunkte des ersten Entwurfs, der eine solche Bestimmung nicht kannte, für den unschuldigen Ehegatten namentlich dann zu befürchten seien, wenn er der reichere gewesen sei. Dieser sei gezwungen, entweder auf die Hälfte seines Vermögens zu verzichten oder die Scheidungsklage zu unterlassen. Es solle verhindert werden, daß der schuldige Ehegatte, der das Scheidungsrecht zum Zwecke der Erlangung der Scheidung auf Grund eigener Verfehlung, z. B. durch Begehung eines Ehebruchs mißbrauche, aus seiner Schuld Gewinn ziehe (Prot 4, 440). Ähnliche Erwägungen treffen nicht zu, wenn die Ehe durch Tod aufgelöst oder die Gütergemeinschaft durch Urteil (§§ 1468, 1469) aufgehoben ist.

2. **Geschieden** sind die Ehegatten mit dem Eintritte der Rechtskraft des Scheidungsurteils, § 1564 A 4. Ist vor diesem Zeitpunkte die Gütergemeinschaft durch Urteil aufgehoben (§§ 1468, 1469), so dürfte dieser Umstand dem Wahlrechte des unschuldigen Ehegatten aus § 1478 billigerweise nur dann im Wege stehen, wenn eine anderweite Auseinandersetzung bereits stattgefunden hat. Dem Scheidungsurteil steht das Urteil auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gleich, § 1586 A 2. Stirbt vor der Rechtskraft des Scheidungsurteils der Ehegatte, dem bei Rechtskraft des Urteils das Wahlrecht aus § 1478 zustehen würde, so können seine Erben das Wahlrecht nicht geltend machen.

3. **Schuldigerklärung** § 1574. Sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so ist die Auseinandersetzung wie gewöhnlich (§§ 1475—1477, 1479—1481) zu bewirken.

4. **Anspruch des unschuldigen Teils.** Selbstverständlich kann der unschuldige Ehegatte unter Abstandnehmen von der ihm durch § 1478 erteilten Befugnis auch die gewöhnliche Art der Auseinandersetzung begehren. Eine dem § 1347 Abs 2 entsprechende Vorschrift (Fristsetzung) ist nicht erteilt.

5. **Recht auf Werterstattung.** Das Gesetz will es vermeiden, daß das Gesamtgut wieder in seine ursprünglichen Bestandteile zerfällt. Daher kann nicht Rückgabe in Natur, sondern Erstattung des Wertes verlangt werden und zwar des Wertes, den das Eingebrachte zur Zeit der Einbringung gehabt hat. Dadurch wird eine Vereinbarung über die Übernahme in Natur nicht ausgeschlossen. Das Recht auf Werterstattung schließt Teilung des Überschusses zu gleichen Teilen (§ 1476 Abs 1) aus und bezieht sich nur auf den nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten verbleibenden Überschuß.

6. **Fehlbetragsteilung.** Beispiel: Das Gesamtgut beträgt 20 000 Mk. Davon ab die Gesamtgutsverbindlichkeiten (mit Einschluß der Ersatzansprüche § 1475 A 1) mit 2000 Mk., bleibt Überschuß 18 000 Mk. Der Mann hat 5000 Mk., die Frau 25 000 Mk. eingebracht, zusammen 30 000 Mk. Zur Deckung der 30 000 Mk. reicht der Überschuß von 18 000 Mk. nicht aus. Ungedeckt bleiben 12 000 Mk., von welchem Fehlbetrage der Mann 6000 Mk. und die Frau 6000 Mk. tragen müssen. Rechnung des Mannes: + 5000 — 6000 = — 1000 Mk. Er erhält nichts, verliert 5000 Mk., braucht aber auch der Frau nichts zu erstatten. Rechnung der Frau: + 25 000 — 6000 = 19 000 Mk. Sie erhält den ganzen Überschuß von 18000 Mk., verliert 7000 Mk. und hat wegen der fehlenden 7000 Mk. keinen Anspruch auf Erstattung gegen den Mann. Ist der Überschuß so groß, daß nach Deckung des beiderseitigen Eingebrachten ein Mehrbetrag verbleibt, so gebührt dieser den Ehegatten zu gleichen Teilen.

7. **Eingebrachtes Gut** nach den Grundsätzen der Errungenschaftsgemeinschaft §§ 1520—1523. Die im § 1522 erwähnten Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können, sind nach § 1439 vom Gesamtgut ausgeschlossen, also Sondergut und fallen nicht unter § 1478 Abs 2. Die Vorschrift des § 1524 (Ersatz) kann nicht in Betracht kommen, weil nach § 1478 Abs 2 Satz 2 der Wert des Eingebrachten sich nach der Zeit der Einbringung bestimmt.

8. **Scheidung wegen Geisteskrankheit** § 1569. Über Grund und Zweck des § 1478 Abs 3 und des § 1583 vgl. § 1583 A 1.

§ 1479

[1])**Wird die Gütergemeinschaft auf Grund des § 1468 oder des § 1469 durch Urteil aufgehoben**[2])**, so kann der Ehegatte, welcher das Urteil erwirkt hat, verlangen**[3])**, daß die Auseinandersetzung so erfolgt, wie wenn der Anspruch auf Auseinandersetzung mit der Erhebung der Klage auf Aufhebung der Gütergemeinschaft rechtshängig geworden wäre**[4]).

E I 1379 II 1377 M 4, 415 P 4, 286, 437.

1. Der § 1479 beruht auf ähnlichen Erwägungen wie der § 1422. Die **Auseinandersetzung** würde grundsätzlich (§ 1470 Abs 1, § 1471 Abs 1) nach dem Zustande des Gesamtguts zur Zeit der Rechtskraft des die Aufhebung der Gütergemeinschaft bestimmenden Urteils erfolgen. Der Ehegatte, der das Urteil erwirkt, soll vor den Nachteilen geschützt werden, die infolge Verzögerung der Auseinandersetzung durch den Rechtsstreit entstehen. Daher ist ihm das im § 1479 bestimmte Wahlrecht eingeräumt. Das Verhältnis der Ehegatten zu Dritten wird dadurch nicht berührt.

2. Wird die Gütergemeinschaft infolge Ehescheidung, Auflösung der Ehe durch Tod oder aus andern Gründen beendigt, so ist § 1479 nicht anwendbar. Der Ehegatte verliert aber das Wahlrecht aus § 1479 dann nicht, wenn die auf Grund des § 1468 oder des § 1469 erhobene Klage begründet ist, sich jedoch in der Hauptsache dadurch erledigt, daß Ehe und Güterstand aus andern Gründen (z. B. Ehescheidung) aufhören. § 1422 A 1. Vgl. auch § 1502 A 4 (Übernahmerecht).

3. Der Ehegatte kann wählen, ob die Zeit der Rechtshängigkeit der Klage (§§ 263, 281 ZPO) oder die Zeit der Rechtskraft des Urteils maßgebend sein soll. Hierin liegt eine Abweichung vom § 1422, der den ersteren Zeitpunkt schlechthin für maßgebend erklärt. Das **Wahlrecht** kann bis zur Beendigung der Auseinandersetzung ausgeübt werden. Der Berechtigte kann nach Entstehung des Wahlrechts auf dessen Ausübung verzichten. Der Verzicht bedarf keiner Form.

4. **Wirkungen.** Verlangt der Ehegatte die Auseinandersetzung nach § 1479, so ist es so anzusehen, als hätte die Gütergemeinschaft schon im Zeitpunkte der Rechtshängigkeit der Klage ihr Ende erreicht. Der Mann haftet nicht mehr nach § 1456, sondern nach § 1359. Der von einem Ehegatten gemachte Erwerb fällt, abgesehen von den Fällen des § 1473 Abs 1, nicht mehr in das Gesamtgut. Die Herausgabepflicht des andern Ehegatten bestimmt sich nach § 292. Vgl. § 1422 A 3.

§ 1480

[1])**Wird eine Gesamtgutsverbindlichkeit**[2]) **nicht vor der Teilung**[3]) **des Gesamtguts berichtigt**[4])**, so haftet dem Gläubiger auch der Ehegatte persönlich als Gesamtschuldner**[5])**, für den zur Zeit der Teilung eine solche Haftung nicht besteht**[6])**. Seine Haftung beschränkt sich auf die ihm zugeteilten Gegenstände**[7])**; die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 finden entsprechende Anwendung**[8]).

E II 1378 M 4, 417 P 4, 286 ff.; 5, 136, 828.

1. Die Auseinandersetzung der Eheleute (bezw. ihrer Erben) erfolgt in der Weise, daß aus dem Gesamtgute zunächst die Gesamtgutsverbindlichkeiten zu berichtigen sind, § 1475 Abs 1 Satz 1. Wird dieser Regel zuwider das Gesamtgut ohne Berichtigung von Gesamtgutsverbindlichkeiten geteilt, so fragt es sich, ob und wie die Ehegatten den Gesamtgutsgläubigern bezw. die Ehegatten untereinander haften. Diese Fälle behandeln die §§ 1480, 1481. Der § 1480 bestimmt die **Haftung der Ehegatten gegenüber den Gläubigern** und der § 1481 die Haftung der Ehegatten gegeneinander.

2. Begriff der **Gesamtgutsverbindlichkeit** §§ 1459 A 5, § 1475 A 1.

3. Wann die **Teilung** des Gesamtguts als erfolgt anzusehen ist, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Solange und soweit noch ungeteiltes Gesamtgut vorhanden ist, tritt die persönliche Haftung nicht ein. Sie tritt ein, soweit die Gesamtgutsforderung in dem ungeteilten Reste des Gesamtguts keine Deckung hat. Behalten sich die Ehegatten bei der Teilung des Gesamtguts einzelne Gegenstände zum Miteigentum vor, so hindert dies nicht den Eintritt der persönlichen Haftung. Vgl. auch die Erläuterungen zu §§ 2059, 2060 (Teilung des Nachlasses). Den **Beweis** der Teilung hat der Gläubiger zu führen.

4. **Berichtigung** § 1475 A 2.

5. **Gesamtschuldnerische Haftung** §§ 421—425. An Stelle des § 426 kommt § 1481 (inneres Verhältnis) in Betracht. — Aus dieser gesamtschuldnerischen Haftung ergibt sich

nicht ohne weiteres, daß das gegen einen der beiden Ehegatten ergangene Urteil auch gegenüber dem andern Ehegatten wirksam und vollstreckbar ist (RG JW 04, 201[12], § 750 ZPO). Hauseinrichtungsgegenstände, die zum Gesamtgut gehörten und bei der Auseinandersetzung der Frau zugeteilt wurden, können wegen einer Gesamtgutsverbindlichkeit aus einem nur gegen den Ehemann nach der Auseinandersetzung erwirkten Schuldtitel trotz Haftung der Frau gemäß § 1480 als Gesamtschuldnerin nicht gepfändet werden. Dazu bedarf es eines Schuldtitels gegen die Frau (RG 68, 426).

6. **Fälle des Nichtbestehens der Haftung.** Dem Gläubiger haftet (auch ohne die Bestimmung des § 1480) jeder Ehegatte, in dessen Person die Verbindlichkeit entstanden ist. Dies versteht sich von selbst, § 1459 A 1. Dem Gläubiger haftet der Mann schon nach § 1459 Abs 2 für eine in der Person der Frau entstandene Verbindlichkeit, die im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgute zur Last fällt, §§ 1463—1465. Auf die vorbezeichneten Fälle bezieht sich der § 1480 nicht, dagegen auf folgende Fälle: Für eine in der Person des Mannes entstandene Gesamtgutsverbindlichkeit bestand für die Frau zur Zeit der Teilung keine Haftung. Sie haftet erst nach § 1480. Für eine in der Person der Frau entstandene Gesamtgutsverbindlichkeit, die im Verhältnisse der Ehegatten dem Gesamtgute zur Last fällt (§§ 1463—1465), bestand zwar während der Gütergemeinschaft die persönliche Haftung des Mannes (§ 1459 Abs 2 Satz 1), aber seine Haftung erlosch mit der Beendigung der Gütergemeinschaft, § 1459 Abs 2 Satz 2. Er haftet nach § 1480 von neuem.

7. Der Ehegatte haftet nur mit den ihm **zugeteilten Gegenständen**, nicht in Höhe des Wertes der Gegenstände mit seinem sonstigen Vermögen.

8. **Unzulänglichkeitseinrede.** Der Ehegatte kann danach die Befriedigung eines Gesamtgutsgläubigers insoweit verweigern, als die ihm zugeteilten Gegenstände nicht ausreichen. Er muß dann aber diese Gegenstände zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben, d. h. die Zwangsvollstreckung dulden (RG Gruch 48, 958), nötigenfalls ein Verzeichnis der Gegenstände vorlegen, §§ 1990, 260, 1480 (RG Gruch 50, 382). Im übrigen vgl. die Erläuterungen zu §§ 1990, 1991. Der Ehegatte kann die Beschränkung seiner Haftung auf Grund des § 1480 gegen die Zwangsvollstreckung nur einwenden, wenn sie ihm im Urteile vorbehalten worden ist, §§ 780, 781, 785, 786 ZPO. Die Anfechtung der Auseinandersetzung auf Grund des § 3 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 (in der Fassung vom 20. Mai 1898) durch einen Gesamtgutsgläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung aus dem früheren Gesamtgute wird durch § 1480 nicht ausgeschlossen (RG Gruch 48, 958; 50, 382).

§ 1481

[1])Unterbleibt bei der Auseinandersetzung die Berichtigung[2]) einer Gesamtgutsverbindlichkeit[3]), die im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgut[4]) oder dem Manne[5]) zur Last fällt, so hat der Mann dafür einzustehen[6]), daß die Frau von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird. Die gleiche Verpflichtung hat die Frau dem Manne gegenüber, wenn die Berichtigung einer Gesamtgutsverbindlichkeit unterbleibt, die im Verhältnisse der Ehegatten zueinander der Frau zur Last fällt[5])[6]).

E I 1380 II 1379 M 4, 415 P 4, 291, 345.

1. Der § 1481 regelt das **Recht des Rückgriffs eines Ehegatten auf den andern.** Die Vorschrift bezieht sich nur auf das innere Verhältnis der Ehegatten zueinander, wogegen § 1480 das Verhältnis der Ehegatten nach außen regelt. § 1480 A 1.

2. **Berichtigung** § 1475 A 2.

3. Begriff der **Gesamtgutsverbindlichkeit** § 1459 A 5, § 1475 A 1.

4. Das Gesamtgut haftet grundsätzlich für alle Verbindlichkeiten des Mannes wie der Frau, § 1459 A 1. Grundsatz ist ferner, daß alle Gesamtgutsverbindlichkeiten auch im Verhältnisse der Ehegatten zueinander **dem Gesamtgute zur Last fallen,** § 1463 A 1. Sofern nicht Ausnahmefälle (§§ 1463—1465) vorliegen, hat also der Mann nach § 1481 der Frau dafür einzustehen, daß sie von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird, was geschehen könnte, wenn die Verbindlichkeit in ihrer Person entstanden wäre, § 1480 A 6. Diese Rückgriffspflicht des Mannes rechtfertigt sich dadurch, daß er das Gesamtgut ohne Verantwortlichkeit gegenüber der Frau verwaltet hat (§ 1456) und ihm das Recht der Entscheidung in gemeinschaftlichen Angelegenheiten zusteht (§ 1354), mithin die **Einbuße** vom Manne und nicht von der Frau zu tragen ist (M 4, 416; Prot 4, 292). Der Bestimmung liegen ähnliche Erwägungen zugrunde wie dem § 1459 Abs 2 Satz 1. Vgl. § 1459 A 1, M 4, 367. Die **Frau** haftet für eine Gesamtgutsverbindlichkeit, die auch im Verhältnisse der Ehegatten dem Gesamt-

gute zur Last fällt, mit den ihr zugeteilten Gesamtgutsgegenständen (dem Manne gegenüber) bis zur Hälfte der Gesamtgutsverbindlichkeit. Die Frau würde sich auf Kosten des Mannes bis zur Hälfte der Gesamtgutsverbindlichkeit ungerechtfertigt bereichern, wenn sie die ihr zugeteilten Gegenstände ungeschmälert behalten dürfte (Prot 4, 293). Insoweit die Bereicherung reicht, tritt die Rückgriffspflicht des Mannes nicht ein. Beispiel: Die Gesamtgutsverbindlichkeit beträgt 500 Mk. Die Frau hat aus dem Gesamtgute 300 Mk. erhalten. Bis zur Höhe von 250 Mk. muß sie zur Berichtigung der 500 Mk. beitragen. Berichtigt sie nur 250 Mk., so hat der Mann ihr für nichts einzustehen. Berichtigt sie 300 Mk., so hat der Mann ihr in Höhe von 50 Mk. einzustehen. Berichtigt sie 500 Mk., so hat der Mann ihr in Höhe von 250 Mk. einzustehen. Hat die Frau aus dem Gesamtgute nichts erhalten, aber die ganze Schuld von 500 Mk. bezahlt, so hat ihr der Mann in Höhe von 500 Mk. einzustehen.

5. Wem die Gesamtgutsverbindlichkeit im Verhältnisse der Ehegatten zur Last fällt, bestimmt sich nach den §§ 1463—1465. Wegen einer **dem Manne zur Last fallenden Verbindlichkeit** könnte die Frau persönlich vom Gläubiger in Anspruch genommen werden, wenn die Verbindlichkeit auch in der Person der Frau entstanden ist oder auf Grund des § 1480. Daß der Ehegatte, der eine im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem andern Ehegatten zur Last fallende Gesamtgutsverbindlichkeit berichtigt, von dem andern Ehegatten Ersatz verlangen kann, folgt übrigens schon aus §§ 1463—1465.

6. Der Mann hat in der bezeichneten Weise **einzustehen**, ist aber weder verpflichtet, die Frau von der persönlichen Haftung sofort zu befreien, noch, ihr Sicherheit zu leisten (M 4, 416).

§ 1482

[1])Wird die Ehe durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst und ist ein gemeinschaftlicher Abkömmling[2]) nicht vorhanden[3]), so gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute zum Nachlasse[4]). Die Beerbung des Ehegatten erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften[5]).

E I 1382, 1383 Abs 1 II 1380 M 4, 419 ff. P 4, 294 ff.

1. Wird die Ehe durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst, so ist zu unterscheiden, ob ein gemeinschaftlicher Abkömmling vorhanden ist (beerbte Ehe) oder nicht vorhanden ist (unbeerbte Ehe). Im ersteren Falle tritt fortgesetzte Gütergemeinschaft (§ 1483) ein, im letzteren nicht. Den **Fall der unbeerbten Ehe** behandelt der § 1482. Für diesen Fall gelten neben § 1482 auch die Bestimmungen in §§ 1471—1481. Vgl. § 1472 A 1. Besondere Bestimmungen sind über die fortgesetzte Gütergemeinschaft in §§ 1483—1518 gegeben.

2. Ein **gemeinschaftlicher Abkömmling** ist nicht nur diejenige Person, die von dem Ehepaar abstammt (Kind, Enkel, § 1589), sondern auch diejenige Person, die, ohne von dem Ehepaar abzustammen (im Sinne des § 1589), doch die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Abkömmlings gegenüber beiden Ehegatten einnimmt (M 4, 423), z. B. das durch nachfolgende Ehe legitimierte Kind (§ 1719), das von einem Ehepaare gemeinschaftlich angenommene Kind (§ 1757) und unter Umständen das Kind aus einer nichtigen Ehe (§ 1699). Gemeinschaftliche Abkömmlinge sind dagegen z. B. nicht das aus einer früheren Ehe stammende Kind eines Ehegatten, das uneheliche Kind der Frau und das für ehelich erklärte Kind des Mannes (§ 1723). Ein Abkömmling, der zur Zeit des Todes des Ehemannes noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor jenem Zeitpunkte geboren, § 1923 Abs 2.

3. Es kommt darauf an, daß ein gemeinschaftlicher Abkömmling zur Zeit des Todes des Ehegatten nicht vorhanden ist. Dem Falle der unbeerbten Ehe stehen die Fälle des § 1484 Abs 3 (Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch den überlebenden Ehegatten), §§ 1508, 1509, 1510 (Ausschließung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch Ehevertrag oder letztwillige Verfügung), § 1506 (Unwürdigkeit eines Abkömmlings), § 1511 (Ausschließung eines Abkömmlings) und § 1517 (Verzicht eines Abkömmlings) gleich.

4. Der **Nachlaß** des verstorbenen Ehegatten umfaßt bei unbeerbter Ehe nicht nur dessen Vorbehaltsgut und Sondergut, sondern auch dessen Anteil am Gesamtgute. Hinsichtlich des Gesamtguts haben sich die Erben des verstorbenen Ehegatten mit dem überlebenden Ehegatten nach den Bestimmungen der §§ 1471—1481 auseinanderzusetzen. Im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute nicht zu dessen Nachlaß, § 1483.

5. Für die **Beerbung** des verstorbenen Ehegatten sind also Testament, Erbvertrag oder gesetzliche Erbfolge maßgebend. Der überlebende Ehegatte ist erb- und pflichtteilsberechtigt, wie im gewöhnlichen Falle. Das Gesetz hat es für den Fall der unbeerbten Ehe abgelehnt, dem überlebenden Ehegatten besondere Rechte (Alleinerbrecht, Nießbrauch,) einzuräumen (Prot 4, 298).

§ 1483

[1])**Sind bei dem Tode eines Ehegatten gemeinschaftliche Abkömmlinge[2]) vorhanden, so wird zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen sind[3]), die Gütergemeinschaft fortgesetzt[4]). Der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute gehört in diesem Falle nicht zum Nachlasse[5]), im übrigen erfolgt die Beerbung des Ehegatten nach den allgemeinen Vorschriften[6]).**

Sind neben den gemeinschaftlichen Abkömmlingen andere Abkömmlinge vorhanden, so bestimmen sich ihr Erbrecht und ihre Erbteile so, wie wenn fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten wäre[7]).

E I 1383 Abs 2 Satz 1, 1384 II 1381 M 4, 423 ff. P 4, 299; 6, 283.

1. Der § 1483 handelt von dem **Falle der beerbten Ehe** (Vorhandensein gemeinschaftlicher Abkömmlinge), wogegen der § 1482 von dem Falle der unbeerbten Ehe (Nichtvorhandensein gemeinschaftlicher Abkömmlinge) handelt. Der § 1483 unterscheidet weiter zwei Fälle, je nachdem neben den gemeinschaftlichen Abkömmlingen noch andere (sog. einseitige) Abkömmlinge vorhanden sind (Abs 1) oder nicht vorhanden sind (Abs 2).

2. Gemeinschaftliche Abkömmlinge § 1482 A 2.

3. Welche gemeinschaftlichen Abkömmlinge im Falle der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen sind, bestimmt sich nach den §§ 1923, 1924, 1927, 1930. Die hienach Berufenen sind die **anteilsberechtigten Abkömmlinge,** doch scheiden aus der Zahl der Anteilsberechtigten solche Abkömmlinge aus, die unwürdig sind (§ 1506), verzichtet haben (§§ 1491, 1517) oder durch letztwillige Verfügung von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen sind (§ 1511). Wegen des *Todes* eines anteilsberechtigten Abkömmlinges vgl. § 1490, wegen Entziehung und Beschränkung des Anteils vgl. § 1513.

4. Die **fortgesetzte Gütergemeinschaft** beruht auf dem Gedanken, daß beim Ableben des einen Ehegatten ohne weiteres eine Vereinigung des Gesamtguts in der Person des überlebenden Ehegatten stattfindet (Prot 4, 304). Sie tritt daher mit dem Tode eines Ehegatten *kraft Gesetzes* ein, jedoch unbeschadet des Rechtes des überlebenden Ehegatten, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft abzulehnen, § 1484. Das Gesamtgut soll den Ehegatten für ihre ganze Lebenszeit verbleiben. Es hat die Natur des gemeinschaftlichen Familienvermögens oder *Hausvermögens*. Daraus ergibt sich, daß die Gemeinschaft, in welcher der überlebende Ehegatte bisher mit dem andern Ehegatten gelebt hat, nunmehr mit den Kindern fortgesetzt wird. Von einer *Erbfolge* kann dabei keine Rede sein. Die Fortsetzung der Gütergemeinschaft erscheint sonach als eine dem Wesen der Gütergemeinschaft entsprechende natürliche Nachwirkung des Gütergemeinschaftsvertrags der Ehegatten. Zwischen den gemeinschaftlichen Abkömmlingen einerseits und dem überlebenden Ehegatten anderseits entsteht in Ansehung des Gesamtguts ein ähnliches Verhältnis, wie es *während* der Ehe zwischen den Ehegatten bestanden hat. Dabei nehmen die Abkömmlinge die rechtliche Stellung der Frau und der überlebende Ehegatte die rechtliche Stellung des Mannes ein, § 1487 Abs 1. Dem überlebenden Ehegatten ist, wie *während* der Ehe dem Manne, ein ausgedehntes Verwaltungs- und Verfügungsrecht beigelegt. Er haftet aber auch in ausgedehntem Maße für die Schulden, während die Abkömmlinge den Gläubigern gegenüber von jeder persönlichen Haftung befreit sind, §§ 1488 1489. Die Fortsetzung der Gütergemeinschaft kann durch Ehevertrag (§ 1508) oder letztwillige Verfügung (§ 1509) ausgeschlossen werden.

5. Da bei der Fortsetzung der Gütergemeinschaft von einer Erbfolge nicht die Rede sein kann (A 3), so kann auch der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute nicht zu seinem Nachlasse gehören. Dies hebt der § 1483 noch ausdrücklich hervor. Der bezeichnete Anteil kann vielmehr nur zum **Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft** gehören. Zu ebendemselben Gesamtgute gehört ferner der Anteil des überlebenden Ehegatten am Gesamtgute, sowie das Vermögen, das der überlebende Ehegatte aus dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten oder nach dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft sonst noch erwirbt, § 1485 Abs 1. Zum **Nachlasse** des verstorbenen Ehegatten gehört nur sein etwa vorhandenes Sondergut (§ 1439) und Vorbehaltsgut (§ 1440). In Ansehung des Nachlasses erfolgt Beerbung, in Ansehung des Gesamtguts nicht. Beide Vermögensmassen sind daher voneinander zu sondern.

6. In Ansehung desjenigen Vermögens, das der verstorbene Ehegatte *außer* dem Anteil am Gesamtgute gehabt hat, wird er nach den **allgemeinen erbrechtlichen Vorschriften** beerbt. Für die Beerbung sind also Testament, Erbvertrag oder gesetzliche Erbfolge maß-

gebend. Der überlebende Ehegatte und die Abkömmlinge sind, wie im gewöhnlichen Falle erb- und pflichtteilsberechtigt. Bei der Berechnung des Pflichtteils bleibt der Anteil am Gesamtgut außer Ansatz. Was der überlebende Ehegatte aus dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten erwirbt, fällt in das Gesamtgut (A 5). Was die Abkömmlinge aus dem Nachlasse erwerben, fällt ihnen zu, § 1485 Abs 2 Satz 1.

7. Die sog. **einseitigen Abkömmlinge** des verstorbenen Ehegatten treten nicht in die fortgesetzte Gütergemeinschaft ein. Behufs Bestimmung ihres Erbrechts und Erbteils bezw. Pflichtteils muß von der Unterstellung, als sei fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten, ausgegangen werden. Zum Nachlasse des verstorbenen Ehegatten wird daher in diesem Falle nicht nur sein Sonder- und Vorbehaltsgut, sondern auch sein Anteil am Gesamtgute gerechnet und es gelten die gemeinschaftlichen Abkömmlinge und der überlebende Ehegatte als Miterben der einseitigen Abkömmlinge. Vorempfänge haben die Abkömmlinge untereinander auszugleichen. Vgl. jedoch auch § 1503. Behufs Ermittelung des Anteils des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute bedarf es einer nach Maßgabe der §§ 1471—1481 vorzunehmenden Auseinandersetzung zwischen den einseitigen Abkömmlingen einerseits und dem überlebenden Ehegatten anderseits. Kommt der einseitige Abkömmling nicht als Erbe, sondern nur als Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigter in Betracht, so bedarf es keiner Auseinandersetzung; es genügt, wenn der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute geschätzt wird.

§ 1484

Der überlebende Ehegatte kann die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ablehnen[1]).

Auf die Ablehnung[2]) finden die für die Ausschlagung einer Erbschaft geltenden Vorschriften der §§ 1943 bis 1947, 1950, 1952, 1954 bis 1957, 1959 entsprechende Anwendung[3]). Steht der überlebende Ehegatte unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft, so ist zur Ablehnung[4]) die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich[5]).

Lehnt der Ehegatte die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ab, so gilt das Gleiche wie im Falle des § 1482[6]).

E I 1386 II 1382 M 4, 439 P 4, 308; 6, 285.

1. Der § 1484 behandelt das **Recht des überlebenden Ehegatten, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft abzulehnen.** Den Abkömmlingen ist ein solches Recht nicht eingeräumt; sie können auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft klagen (§§ 1495, 1496) oder auf ihren Anteil am Gesamtgute verzichten, §§ 1491, 1517. Das Ablehnungsrecht des überlebenden Ehegatten beruht auf der Erwägung, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft eine zu seinen Gunsten geschaffene Einrichtung ist Es wäre eine Unbilligkeit gegen den überlebenden Ehegatten wegen der damit verbundenen tiefen Erschütterung seiner Stellung, wenn er gezwungen wäre, den gemeinschaftlichen Abkömmlingen ihren Erbanteil an dem Gesamtgute sofort, bezw. nach Beendigung der elterlichen Nutznießung herauszugeben (M 4, 426, 440, 456, 468; Prot 4, 334). Über das Recht des überlebenden Ehegatten, die angenommene Fortsetzung der Gütergemeinschaft jederzeit aufzuheben, vgl. § 1492. Ein vertragsmäßiger Verzicht auf das Ablehnungsrecht ist unwirksam, § 1518.

2. Die bezeichneten Vorschriften finden sowohl für die **Ablehnung** als auch für die Annahme der fortgesetzten Gütergemeinschaft entsprechende Anwendung.

3. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft tritt mit dem Tode des Ehegatten von selbst ein, § 1483 A 4. Einer Annahmeerklärung des überlebenden Ehegatten bedarf es daher nicht. Hat dieser aber eine Annahmeerklärung (ausdrücklich oder stillschweigend) abgegeben, so kann er nicht mehr ablehnen, § **1943.** Dasselbe gilt, wenn er die sechswöchige Ablehnungsfrist (§ **1944 Abs 1**) unbenutzt hat verstreichen lassen. Die Ablehnung wird dem Nachlaßgerichte gegenüber in öffentlich beglaubigter Form erklärt, § **1945 Abs 1.** Annahme und Ablehnung können erst nach dem Tode des Ehegatten (§ **1946**) und müssen unbedingt, unbetagt und unbeschränkt (auf das ganze Gesamtgut) erklärt werden, §§ **1947, 1950**. Das Ablehnungsrecht ist vererblich. § **1952.** Über den Tod des überlebenden Ehegatten hinaus kann aber die Gütergemeinschaft niemals fortgesetzt werden, § 1494. Annahme und Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft können nach §§ **1954—1957** und den allgemeinen Bestimmungen angefochten werden. § **1959** betrifft die Wirksamkeit der vom überlebenden Ehegatten vor der Annahme oder Ablehnung ergriffenen Maßregeln. Vgl. auch § 9 Satz 2 KO (Befugnis des überlebenden Ehegatten als Gemeinschuldners zur Annahme oder Ablehnung einer vor der Konkurseröffnung eingetretenen fortgesetzten Gütergemeinschaft).

4. Zur Annahme ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich.

5. Erklärung durch einen Bevollmächtigten § 1945 Abs 2. Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte bedarf zur Ablehnung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Letzterer kann auch selbständig für den Ehegatten ablehnen, bedarf aber als Inhaber der elterlichen Gewalt oder Vormund (bezw. Pfleger) der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

6. Danach gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute zu seinem Nachlasse. Im übrigen vgl. Erl. zu § 1482.

§ 1485

Das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft besteht aus dem ehelichen Gesamtgute[1]), soweit es nicht nach § 1483 Abs. 2 einem nicht anteilsberechtigten Abkömmlinge zufällt[2]) und aus dem Vermögen, das der überlebende Ehegatte aus dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten[3]) oder nach dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft[4]) erwirbt.

Das Vermögen, das ein gemeinschaftlicher Abkömmling zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat oder später erwirbt, gehört nicht zu dem Gesamtgute[5]).

Auf das Gesamtgut finden die für die eheliche Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften des § 1438 Abs. 2, 3 entsprechende Anwendung[6]) [7]) [8]).

E I 1396 Abs 1, 5, 1397 Abs 1 II 1393 M 4, 455 ff. P 4, 316; 6, 287.

1. **Eheliches Gesamtgut** ist das Vermögen der Ehegatten, das ihnen während der Ehe und Gütergemeinschaft gemeinschaftlich gehört, §§ 1438—1440. Dazu gehören auch die Ersatzansprüche der Ehegatten gegeneinander aus §§ 1466, 1467. Das **Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft** ist das Vermögen, das nach Beendigung der Gütergemeinschaft durch Tod eines Ehegatten dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen während der fortgesetzten Gütergemeinschaft gemeinschaftlich gehört, § 1483 A 5.

2. Ein gemäß § 1511 durch letztwillige Verfügung ausgeschlossener gemeinschaftlicher Abkömmling hat wegen des ihm gebührenden Pflichtteils nur ein Forderungsrecht gegen die Teilhaber der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Vom Gesamtgute fällt ihm nichts zu (Prot 4, 287). Daher ist sein Recht im § 1485 nicht erwähnt. Im übrigen vgl. Erl. zu § 1483.

3. **Nachlaß** des verstorbenen Ehegatten § 1483 A 5. Zu dem Erwerb aus diesem Nachlasse gehört auch das, was der überlebende Ehegatte auf Grund eines Vermächtnisses erhält, mit dem der Erblasser den Erbteil eines einseitigen Abkömmlinges belastet hat.

4. Unter den **Erwerb nach dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft** fällt alles, was auf die drei im § 1473 bezeichneten Erwerbsarten erworben wird, namentlich Nutzungen des Gesamtguts, Ersatzstücke für Gesamtgutsgegenstände und rechtsgeschäftlicher, das Gesamtgut betreffender Erwerb. Vgl. Erläuterungen zu §§ 1473, 1370. In den Fällen des § 1486 wird das Erworbene Vorbehalts- bezw. Sondergut des überlebenden Ehegatten. Die Nutzungen seines Sonderguts, nicht die seines Vorbehaltsguts, fallen in das Gesamtgut.

5. **Eigenes Vermögen des Anteilsberechtigten.** Die Nutzungen eines solchen Vermögens fallen, wenn sie der überlebende Ehegatte auf Grund seines elterlichen Nutznießungsrechts (§§ 1649, 1686) oder eines letztwillig zugewandten Nießbrauchsrechts bezieht, in das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

6. Vgl. § 1438 A 4, 5, 6.

7. **Beweislast.** Alles Vermögen des überlebenden Ehegatten gilt mit Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft als Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Daß ein Gegenstand ausnahmsweise zum Sondergut oder Vorbehaltsgut gehört, hat zu beweisen, wer dies behauptet (M 4, 335).

8. **Grundbuch. Güterrechtsregister.** Das Bestehen der fortgesetzten Gütergemeinschaft wird, wenn ein Grundstück oder ein eingetragenes Recht zum Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört, im Grundbuch eingetragen, jedoch nur auf Grund eines gemäß § 1507 vom Nachlaßgericht erteilten Zeugnisses, § 1438 Abs 3 BGB, § 36 Abs 2, § 48 GO). Die Ausnahmevorschrift des § 41 GO findet auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft keine Anwendung (OLG 5, 300 ff.; 6, 11). In das Güterrechtsregister wird das Bestehen der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht eingetragen, weil das Güterrechtsregister nur zur Beurkundung der während der Ehe bestehenden güterrechtlichen Verhältnisse bestimmt ist.

§ 1486

[1])Vorbehaltsgut des überlebenden Ehegatten ist, was er bisher als Vorbehaltsgut gehabt hat[2]) oder nach § 1369 oder § 1370 erwirbt[3]).

Gehören zu dem Vermögen des überlebenden Ehegatten Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können[4]), so finden auf sie die bei der Errungenschaftsgemeinschaft für das eingebrachte Gut des Mannes geltenden Vorschriften, mit Ausnahme des § 1524, entsprechende Anwendung[5])[6]).

E I 1396 Abs 2—4 II 1394 M 4, 455, P 4, 316.

1. Der § 1486 handelt im Abs 1 vom **Vorbehaltsgut** und im Abs 2 vom **Sondergute des überlebenden Ehegatten.** Das Vermögen der gemeinschaftlichen Abkömmlinge (§ 1485 Abs 2) kennt eine derartige Unterscheidung nicht.

2. Was der überlebende Ehegatte bisher als **Vorbehaltsgut gehabt hat,** entscheidet sich nach §§ 1440, 1369, 1370. Zum Vorbehaltsgute gehört nach § 1440 auch das, was durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut eines Ehegatten für die Ehe erklärt worden war. Dagegen kann für die fortgesetzte Gütergemeinschaft Vorbehaltsgut weder durch Ehevertrag der Ehegatten, noch durch Vertrag des überlebenden Ehegatten mit den Abkömmlingen begründet werden. Was der überlebende Ehegatte nicht schon bisher, d. h. während der Ehe als Vorbehaltsgut gehabt hat, kann — abgesehen von den Fällen der §§ 1369, 1370 — nicht Vorbehaltsgut werden. Vgl. auch § 1518.

3. **Erwerb als Vorbehaltsgut.** Beim Erwerbe von Todes wegen und durch Zuwendung Dritter unter Lebenden (§ 1369) genügt die Bestimmung, daß der Erwerb Vorbehaltsgut sein soll. Es ist nicht erforderlich, daß er als Vorbehaltsgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestimmt wird. Unter § 1370 fallen insbesondere die Nutzungen des Vorbehaltsguts. Im übrigen vgl. Erläuterungen zu §§ 1369, 1370.

4. Dies ist das sog. **Sondergut.** Dazu vgl. § 1439 A 1, 2.

5. Nach § 1487 hat bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte die rechtliche Stellung des Mannes. Im Einklange mit dieser Stellung finden auf das Sondervermögen **die bei der Errungenschaftsgemeinschaft für das eingebrachte Gut des Mannes geltenden Vorschriften** (ausgenommen § 1524) entsprechende Anwendung. Danach (§ 1525) wird das Sondergut von dem überlebenden Ehegatten verwaltet, jedoch gehören die Nutzungen, die nach den für den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung geltenden Vorschriften dem Manne zufallen, zu dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

6. In das Grundbuch ist weder die Vorbehalts- noch die Sondergutseigenschaft einzutragen, ebensowenig in das Güterrechtsregister. Vgl. § 1485 A 8.

§ 1487

[1])Die Rechte und Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten sowie der anteilsberechtigten Abkömmlinge in Ansehung des Gesamtgutes der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestimmen sich nach den für die eheliche Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften der §§ 1442 bis 1449, 1455 bis 1457, 1466; der überlebende Ehegatte hat die rechtliche Stellung des Mannes, die anteilsberechtigten Abkömmlinge haben die rechtliche Stellung der Frau[2]).

Was der überlebende Ehegatte[3]) zu dem Gesamtgute schuldet[4]) oder aus dem Gesamtgute zu fordern hat[5]), ist erst nach der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu leisten[6])[7]).

E I 1399 Abs 1 II 1398 M 4, 461 ff P 4, 334 ff; 5, 140.

1. Der § 1487 regelt die **Rechte und Verbindlichkeiten der Teilhaber der fortgesetzten Gütergemeinschaft** in Ansehung des Gesamtguts der fortgesetzten Gütergemeinschaft, indem er auf Vorschriften verweist, die für die eheliche Gütergemeinschaft gelten und hauptsächlich die Verfügungsmacht und die Verantwortlichkeit des Mannes betreffen. Die rechtliche Stellung des Mannes nimmt der überlebende Ehegatte (gleichviel ob Mann oder Frau) ein. Die rechtliche Stellung der Frau nehmen die anteilsberechtigten Abkömmlinge (§ 1483 A 3) ein. Für das Vorbehalts und Sondergut des überlebenden Ehegatten gilt § 1486. Das Gesamtgut wird als eine von dem übrigen Vermögen vollständig gesonderte Vermögensmasse behandelt, ähnlich wie das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft von dem Sondervermögen des einzelnen Gesellschafters getrennt wird, wenn dieser gestorben ist und die Erben die Handelsgesellschaft fortsetzen (Prot 4, 337).

2. Nach **§ 1442** ist auch die fortgesetzte Gütergemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand anzusehen. Wegen Unpfändbarkeit der Anteile des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge vgl. § 860 ZPO. Nach **§ 1443 Abs 1** unterliegt das Gesamtgut grundsätzlich der Verwaltung des überlebenden Ehegatten. Nach **§ 1443 Abs 2** werden

die Abkömmlinge durch die Verwaltungshandlungen des überlebenden Ehegatten weder diesem, noch einem Dritten persönlich verpflichtet. Die nach den §§ **1444—1446** erforderliche Einwilligung der Abkömmlinge ist erst erteilt, wenn alle Abkömmlinge, nicht bloß die Mehrzahl derselben eingewilligt haben. Die Zustimmung der Abkömmlinge kann nach § **1447** durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. § **1448** bestimmt Rechtsfolgen für den Fall, daß der überlebende Ehegatte ohne die erforderliche Einwilligung der Abkömmlinge handelt. Nach § **1449** können die Abkömmlinge, wenn der überlebende Ehegatte ohne ihre erforderliche Zustimmung über ein zu dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörendes Recht (z. B. ein Forderungsrecht, ein Pfandrecht, ein Anfechtungsrecht) verfügt hat, das Recht ohne Mitwirkung des überlebenden Ehegatten gegen Dritte gerichtlich geltend machen. Dieses Recht der gerichtlichen Geltendmachung steht nur demjenigen Abkömmlinge zu, der nicht zugestimmt hat. Die zum Schutze Dritter bestehenden Vorschriften bleiben unberührt. Ist der Dritte aus ungerechtfertigter Bereicherung haftbar, so kann auch dieser Anspruch von dem Abkömmlinge, der nicht zugestimmt hat, geltend gemacht werden Der die Bereicherung des Gesamtguts betreffende § **1455** bezieht sich nur auf Rechtsgeschäfte des überlebenden Ehegatten, nicht auf solche der Abkömmlinge, da letzteren in Ansehung des Gesamtguts kein Verfügungsrecht zusteht. Nach § **1456 Abs 1** ist der überlebende Ehegatte den Abkömmlingen für die Verwaltung des Gesamtguts nicht verantwortlich. Insoweit er jedoch als Gewalthaber, Vormund oder Pfleger anderes Vermögen der Abkömmlinge verwaltet, trifft ihn die Verantwortlichkeit aus §§ 1664, bezw. 1833, 1915. Steht der überlebende Ehegatte unter Vormundschaft (bezw. vorläufiger Vormundschaft oder Pflegschaft), so hat ihn der Vormund bezw. Pfleger in den Rechten und Pflichten zu vertreten, die sich aus der Verwaltung des Gesamtguts der fortgesetzten Gütergemeinschaft ergeben (§ **1457 Satz 1**) und zwar auch dann, wenn ein anteilsberechtigter Abkömmling Vormund ist (§ **1457 Satz 2**). Nach § **1466 Abs 1** hat der überlebende Ehegatte, wenn er Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft in sein Vorbehaltsgut verwendet, den Wert des Verwendeten zu dem Gesamtgute zu ersetzen. Nach § **1466 Abs 2** kann der überlebende Ehegatte, wenn er Vorbehaltsgut in das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft verwendet, Ersatz aus dem Gesamtgute verlangen. Da der § 1487 auf die §§ 1450—1454, 1458—1465, 1467 nicht hinweist, so finden diese Vorschriften keine entsprechende Anwendung auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Ihre Nichtanwendung erklärt sich zum Teil aus der Natur der Sache (z. B. die Vorschrift über den ehelichen Aufwand), zum Teil daraus, daß sie durch andere Vorschriften ersetzt sind (z. B. die Vorschriften über die Schuldenhaftung).

3. Der Abs 2 gilt nur für den überlebenden Ehegatten, nicht für die Abkömmlinge. Für letztere gelten die allgemeinen Grundsätze.

4. Der überlebende Ehegatte **schuldet** zu dem Gesamtgute z. B. den Ersatzanspruch der Abkömmlinge aus § 1456 Satz 2, § 1487 Abs 1 wegen geflissentlicher Verminderung des Gesamtguts.

5. Der überlebende Ehegatte hat aus dem Gesamtgute z. B. **zu fordern** den Ersatzanspruch aus § 1466 Abs 2, § 1487 Abs 1 wegen Verwendung von Vorbehaltsgut in das Gesamtgut.

6. Leistung erst nach der Beendigung der forgesetzten Gütergemeinschaft. Ob Schuld bezw. Forderung des überlebenden Ehegatten vor oder nach dem Tode des verstorbenen Ehegatten entstanden sind, macht keinen Unterschied. Schuld und Forderung des verstorbenen Ehegatten an das Gesamtgut sind aus dem Nachlasse, bezw. an den Nachlaß sofort zu berichtigen (Prot 4, 335). Bei der Berechnung des Erbteils eines einseitigen Abkömmlings (§ 1483 A 7) sind Schuld und Forderung des überlebenden Ehegatten trotz späterer Fälligkeit zu berücksichtigen.

7. Unterhalt, Aussteuer und Ausstattung der Abkömmlinge durch den überlebenden Ehegatten bestimmen sich nach den allgemeinen Vorschriften in §§ 1601 ff., 1620 ff., 1624 ff. Der überlebende Ehegatte ist kraft seines Verfügungsrechts berechtigt, aber nicht verpflichtet, zu den genannten Zwecken mehr, als gesetzlich nötig, aus dem Gesamtgute zu verwenden. Wegen der Berücksichtigung der Ausstattung bei der Auseinandersetzung vgl. § 1499 Nr 3. Auch ein sog. Abschichtungsanspruch für den Fall der Heirat, bezw. Gründung eines selbständigen Haushalts ist den Abkömmlingen versagt (Prot 4, 332 ff.). Der Unterhalt der Abkömmlinge bildet keine Last des Gesamtguts (**RG** JW 07, 23[26]).

§ 1488

[1])Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft [2]) sind die Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten [3]) sowie solche Verbindlich-

keiten des verstorbenen Ehegatten, die Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft waren[4])[5]).

E I 1384 Abs 1 Satz 2 Halbs 2; 1399 Abs 2 II 1399 M 4, 433, 463 P 4, 336 ff.

1. Die §§ 1488 und 1489 regeln die **Schuldenhaftung bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft.** § 1488 handelt von der Haftung des Gesamtguts, § 1489 von der persönlichen Haftung des überlebenden Ehegatten und der anteilsberechtigten Abkömmlinge, § 1488 bestimmt den Umfang der Gesamtgutsverbindlichkeiten bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

2. **Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft** sind begrifflich diejenigen Verbindlichkeiten, wegen deren die Gläubiger auch aus dem Gesamtgute Befriedigung verlangen können. Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft vgl. A 4.

3. Alle Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten sind Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Es macht keinen Unterschied, ob die Verbindlichkeiten vor oder nach dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstanden sind und ob sie im ersteren Falle auf dem ehelichen Gesamtgute — sei es im Verhältnisse der Ehegatten zu dem Gläubiger, sei es im Verhältnisse der Ehegatten zueinander — lasteten oder nicht.

4. **Begriff der Gesamtgutsverbindlichkeit der ehelichen Gütergemeinschaft** § 1459 A 5, § 1475 A 1. Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft waren alle Verbindlichkeiten des Mannes, ferner diejenigen Verbindlichkeiten der Frau, die nicht von den Ausnahmevorschriften der §§ 1460—1462 betroffen wurden, § 1459 Abs 1. Für die von den genannten Ausnahmevorschriften betroffenen Verbindlichkeiten der Frau haften, wenn der Mann die Frau überlebt, ihre Erben mit dem Nachlasse der Frau (Vorbehalts- und Sondergut), falls sie die Erbschaft nicht ausschlagen. Wird der Mann Erbe der Frau, so werden die mit der Erbschaft übernommenen Schulden der Frau als jetzige Verbindlichkeiten des Mannes Gesamtgutsverbindlichkeiten. Dem Manne steht jedoch nach § 1488 Abs 2, §§ 1975 ff. die Möglichkeit offen, die Mithaftung des Gesamtguts neben der Haftung des Nachlasses auszuschließen. Die Verbindlichkeiten der anteilsberechtigten Abkömmlinge sind niemals Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

5. Im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist zur **Zwangsvollstreckung** in das Gesamtgut ein gegen den überlebenden Ehegatten ergangenes Urteil erforderlich und genügend, § 745 Abs 1 ZPO. Vgl. auch § 744 ZPO. Wird über das Vermögen des überlebenden Ehegatten der **Konkurs** eröffnet, so gehört das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft zur Konkursmasse und es findet eine Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen nicht statt, § 2 Abs 1, 3 KO. Durch das Konkursverfahren über das Vermögen eines Abkömmlings wird das Gesamtgut nicht berührt, § 2 Abs 2, 3 KO. Auf das Konkursverfahren über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft finden die §§ 214—234 KO (Nachlaßkonkurs) entsprechende Anwendung, § 236 KO.

§ 1489

[1])**Für die Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft**[2]) **haftet der überlebende Ehegatte persönlich**[3]).

Soweit die persönliche Haftung den überlebenden Ehegatten nur infolge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft trifft[4])**, finden die für die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung**[5])**; an die Stelle des Nachlasses tritt das Gesamtgut in dem Bestande, den es zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat**[6]).

Eine persönliche Haftung der anteilsberechtigten Abkömmlinge für die Verbindlichkeiten des verstorbenen oder des überlebenden Ehegatten wird durch die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht begründet[7]).

E I 1384 Abs 1 Satz 2 Halbs 2, 1399 Abs 2 II 1400 M 4, 433, 463 P 4, 336 ff, 6, 295.

1. Während § 1488 von der Haftung des Gesamtguts handelt, wird im § 1489 die **persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten und der gemeinschaftlichen Abkömmlinge** in ihrer Eigenschaft als Teilhaber an der fortgesetzten Gütergemeinschaft geregelt. Soweit die Teilhaber noch in einer andern Eigenschaft in Betracht kommen, z. B. als Erben des verstorbenen Ehegatten, wird ihre rechtliche Stellung nicht durch § 1489, sondern durch die allgemeinen Vorschriften bestimmt. Vgl. § 1483 A 5, 6, § 1488 A 4.

2. Begriff der **Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft** § 1488 A 2. Ihren Umfang bestimmt § 1488. Vgl. § 1488 A 3, 4.

3. Diese **persönliche Haftung** tritt mit dem Beginne der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1483 A 4) ohne weiteres ein und dauert — unbeschadet der Schutzvorschrift des § 1489 Abs 2 — über den Zeitpunkt der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinaus. Abweichung von § 1459 Abs 2 Satz 2.

4. Der **Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft** muß, wie sich aus dem Wörtchen „nur" ergibt, der alleinige Grund für die persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten sein. War seine persönliche Haftung schon vor dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft begründet, z. B. aus einer unerlaubten Handlung (§ 1463 Nr 1) und erlosch die Haftung nicht mit Beendigung der Gütergemeinschaft, wie im Falle des § 1459 Abs 2, so ist die Anwendung des § 1489 Abs 2 ausgeschlossen. Gleiches gilt von den Verbindlichkeiten, für die der überlebende Ehegatte als Erbe des verstorbenen Ehegatten haftet. Dabei ist es ohne Belang, daß diese Verbindlichkeiten nach § 1488 auch Gesamtgutsverbindlichkeiten sind.

5. Die **Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten** wird in den §§ 1967—2017 geregelt. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften gereicht sowohl dem überlebenden Ehegatten, als auch denjenigen Gesamtgutsgläubigern, denen der überlebende Ehegatte beim Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht persönlich haftet, zum Schutze. Vor allem können sowohl der überlebende Ehegatte als auch jeder der genannten Gläubiger nach § 1975 die Gesamtgutsverwaltung oder den Gesamtgutskonkurs beantragen. Sie erreichen dadurch die Beschränkung der Haftung des überlebenden Ehegatten auf das Gesamtgut und somit die weiteren Vorteile 1. der überlebende Ehegatte: daß sein nicht zum Gesamtgute gehörendes Vermögen dem Zugriffe der genannten Gläubiger entzogen wird, 2. die genannten Gläubiger: daß sie Befriedigung aus dem Gesamtgute unter Ausschließung derjenigen Gesamtgutsgläubiger erlangen, die nicht schon Gesamtgutsgläubiger der ehelichen Gütergemeinschaft waren, sondern denen nur infolge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft das Gesamtgut haftet. Insoweit die persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten schon vor dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft begründet war, wird sie durch den Gesamtgutskonkurs überhaupt nicht berührt. Ferner steht dem überlebenden Ehegatten gemäß § 1970 das Recht des Aufgebots der Gesamtgutsgläubiger, denen er beim Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht persönlich haftet, sowie gemäß § 1990 das Recht zu, bei unzureichendem Gesamtgute unter Herausgabe desselben die Befriedigung der genannten Gesamtsgutsgläubiger zu verweigern. Versäumt der überlebende Ehegatte die Inventarfrist (§ 1994), so verliert er allen Gesamtgutsgläubigern gegenüber das Recht, seine Haftung zu beschränken. Wegen Geltendmachung der beschränkten Haftung im Rechtsstreit und Zwangsvollstreckungsverfahren vgl. § 786 ZPO.

6. Da der **Bestand zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft** (§ 1483 A 4) maßgebend ist, so scheidet das vom überlebenden Ehegatten später Erworbene (das sonst zum Gesamtgute gehört, § 1485 A 4), in diesem Falle aus. Im übrigen bestimmt sich der Bestand nach § 1485 Abs 1. Vgl. auch § 1978 Abs 2.

7. **Keine persönliche Haftung der anteilsberechtigten Abkömmlinge** (§ 1483 A 3). Sie müssen sich zwar die Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1488) aus dem Gesamtgute, mithin auch aus ihren Anteilen am Gesamtgute (§ 1483 Abs 1) gefallen lassen, aber weitergehende Verpflichtungen erwachsen ihnen aus der Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht. Vgl. auch § 1487 Abs 1, § 1483 Abs 2. Etwas anderes ist es, wenn den Abkömmling ein besonderer Verpflichtungsgrund trifft, z. B. als Erben des verstorbenen Ehegatten oder aus einer unerlaubten Handlung. Andere Fälle betreffen ferner §§ 1480, 1500, 1504.

§ 1490

[1])Stirbt ein anteilsberechtigter Abkömmling[2]), so gehört sein Anteil an dem Gesamtgute nicht zu seinem Nachlasse[3]). Hinterläßt er Abkömmlinge, die anteilsberechtigt[4]) sein würden, wenn er den verstorbenen Ehegatten nicht überlebt hätte, so treten die Abkömmlinge an seine Stelle. Hinterläßt er solche Abkömmlinge nicht, so wächst sein Anteil den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen und, wenn solche nicht vorhanden sind, dem überlebenden Ehegatten an[5]).

E I 1397 Abs 2 II 1395 M 4, 456 ff, P 4, 316.

1. Die Bestimmungen im § 1490 entsprechen dem Wesen der Gütergemeinschaft. Die Eltern gelten den Kindern gegenüber als eine Einheit. Das **Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft** hat die Natur des Hausvermögens (§ 1483 A 4). Es findet

eine Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb statt. Fremde Personen (nicht einmal die Witwe eines verstorbenen Abkömmlinges) dürfen an der Gemeinschaft nicht teilnehmen. Diese bleibt auf den überlebenden Ehegatten, die gemeinschaftlichen Abkömmlinge und deren Abkömmlinge beschränkt. Regelmäßig wird erst mit dem Tode des überlebenden Ehegatten die Gemeinschaft gelöst (M 4, 458).

2. **Anteilsberechtigter Abkömmling** § 1483 A 3.

3. **Unvererblichkeit des Anteils.** Da der Anteil eines verstorbenen anteilsberechtigten Abkömmlinges nicht zu seinem Nachlasse gehört, so kann er sich auch nicht vererben, weder im Wege der gesetzlichen Erbfolge, noch durch Testament. Mit der Unvererblichkeit würde auch eine letztwillige Belastung des Anteils unvereinbar sein, § 1518. Zum **Nachlasse** des Abkömmlinges gehört nur sein übriges Vermögen. Dieses vererbt sich nach den allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen und haftet nicht für die Gesamtgutsverbindlichkeiten, während anderseits das Gesamtgut nicht für die Verbindlichkeiten des verstorbenen Abkömmlinges haftet.

4. Zu den **Abkömmlingen eines Anteilsberechtigten,** die anteilsberechtigt sein würden (A 1), gehören auch solche Abkömmlinge, die nach dem Tode des verstorbenen Ehegatten geboren sind (§ 1503 Abs 1), sowie solche Abkömmlinge, die zur Zeit des Todes des verstorbenen Abkömmlinges zwar noch nicht geboren, aber bereits erzeugt waren. § 1923 Abs 2 ist entsprechend anwendbar. Vgl. auch § 1482 A 2.

5. **Anwachsung.** Den Bestimmungen in § 1490 Satz 2 und 3 liegt der Gedanke zugrunde, als sei der verstorbene Ehegatte im Zeitpunkte des Todes des verstorbenen Abkömmlinges gestorben und bestimme sich nach diesem Zeitpunkte die Teilnahme an der fortgesetzten Gütergemeinschaft (M 4, 459). Vereinigen sich alle Anteile in der Hand des überlebenden Ehegatten, so endigt die fortgesetzte Gütergemeinschaft.

§ 1491

[1]Ein anteilsberechtigter Abkömmling[2] kann auf seinen Anteil an dem Gesamtgute verzichten. Der Verzicht erfolgt durch Erklärung gegenüber[3] dem für den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten zuständigen Gerichte[4]; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form[5] abzugeben. Das Nachlaßgericht soll die Erklärung dem überlebenden Ehegatten und den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen mitteilen[6].

Der Verzicht kann auch durch Vertrag mit dem überlebenden Ehegatten und den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen erfolgen. Der Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[7].

Steht der Abkömmling unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft, so ist zu dem Verzichte die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich[8].

Der Verzicht hat die gleichen Wirkungen, wie wenn der Verzichtende zur Zeit des Verzichts ohne Hinterlassung von Abkömmlingen gestorben wäre[9].

E I 1398 Abs 1—3 II 1396 M 4, 460 P 4, 316; 5, 443; 6, 393.

1. Der § 1491 handelt von dem **Verzicht eines anteilsberechtigten Abkömmlinges auf seinen Anteil am Gesamtgute,** setzt also voraus, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft bereits eingetreten ist. Dagegen behandelt der § 1517 den Fall, in welchem ein gemeinschaftlicher Abkömmling auf seinen Anteil am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft verzichtet, bevor die fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten ist. Im Falle des § 1491 kann der Verzicht sowohl durch einseitige Erklärung als auch durch Vertrag erfolgen. Er wirkt in jedem Falle des § 1491 dinglich, d. h. die Abkömmlinge des Verzichtenden sind an den Verzicht gebunden. Die Vorschrift hilft einem dringenden Bedürfnis ab, denn sie eröffnet dem Abkömmlinge, der sich verheiraten oder selbständig machen will, trotz der Unveräußerlichkeit des Anteils (§§ 1442, 1487) die Möglichkeit, sich die dazu nötigen Mittel in Gestalt einer Abfindung für den Verzicht zu verschaffen (M 4, 460). Wegen Anrechnung der für den Verzicht gewährten Abfindung vgl. § 1501.

2. **Anteilsberechtigter Abkömmling** § 1490 A 2.

3. Da die Erklärung **„gegenüber"**, nicht „vor" dem Nachlaßgericht erfolgt, kann sie auch schriftlich eingereicht werden. Vgl. auch § 130 Abs 3 (Beginn der Wirksamkeit).

4. **Zuständiges Nachlaßgericht** §§ 72, 73 FGG, § 147 EG. Ähnliche Vorschriften § 1945 Abs 1 (Ausschlagung einer Erbschaft), § 1342 (Anfechtung einer Ehe).

5. **Öffentlich beglaubigte Form** § 129 BGB, §§ 167, 183 FGG.

6. Die Mitteilung ist nur durch eine Soll- oder Ordnungsvorschrift, deren Verletzung die Wirksamkeit des Verzichts nicht berührt, angeordnet. Für die Form der Mitteilung erscheint § 16 FGG, der sich auf Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen bezieht, nicht maßgebend.

7. **Gerichtliche oder notarielle Beurkundung** §§ 128, 152 BGB, Art 141 EG §§ 167 ff. FGG.

8. Der Verzicht kann auch durch einen Vertreter erklärt werden.

9. Die Bestimmung im § 1491 Abs 4 hat zur Folge, daß die Bestimmung im § 1490 Satz 3 zur Anwendung gelangt. Hierin zeigt sich die dingliche **Wirkung des Verzichts** (§ 1). Diese kann auch nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden, § 1518. Unzulässig ist es, zugunsten anderer als der nach § 1490 Satz 3 berechtigten Personen zu verzichten oder den Verzicht auf einen Teil des Anteils am Gesamtgute zu beschränken. Verwandte Vorschrift § 2349 (Erbverzicht).

§ 1492

[1])Der überlebende Ehegatte kann[2]) die fortgesetzte Gütergemeinschaft jederzeit aufheben[3]). Die Aufhebung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem für den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten zuständigen Gerichte; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben. Das Nachlaßgericht soll die Erklärung den anteilsberechtigten Abkömmlingen und, wenn der überlebende Ehegatte gesetzlicher Vertreter eines der Abkömmlinge ist, dem Vormundschaftsgerichte[4]) mitteilen.

Die Aufhebung kann auch durch Vertrag zwischen dem überlebenden Ehegatten und den anteilsberechtigten Abkömmlingen erfolgen. Der Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Steht der überlebende Ehegatte[5]) unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft, so ist zu der Aufhebung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich[6]).

E I 1403 Nr 4, 5 II 1403 M 4, 468 P 4, 342; 6, 288.

1. Die **fortgesetzte Gütergemeinschaft** ist eine zugunsten des überlebenden Ehegatten geschaffene Einrichtung. Er kann daher die mit dem Tode des einen Ehegatten von selbst eintretende (§ 1483 A 4) Fortsetzung der Gütergemeinschaft gemäß § 1484 innerhalb einer bestimmten Frist ablehnen (§ 1484 A 1—3) und nach § 1492 die fortgesetzte Gütergemeinschaft — sei es durch einseitige Erklärung, sei es durch Vertrag — aufheben. Im einzelnen ist das Aufhebungsrecht des überlebenden Ehegatten ähnlich wie das Verzichtsrecht des Abkömmlings (§ 1492) geordnet. Es wird daher auf die Erläuterungen zu § 1492 verwiesen. Nach der Aufhebung kann die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht wiederhergestellt werden.

2. Im Falle des § 1493 (bevorstehende Wiederverheiratung) ist der überlebende Ehegatte sogar verpflichtet, die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufzuheben.

3. Die Aufhebung ist nur der Gesamtheit der Abkömmlinge gegenüber, nicht bloß einzelner Abkömmlinge gegenüber statthaft. Vgl. dagegen § 1491 A 1 (Verzicht eines Abkömmlinges gegen Abfindung M 4, 464).

4. **Zuständiges Vormundschaftsgericht** §§ 35, 43 FGG. Dieses erhält durch die Mitteilung Anlaß, für die Bestellung eines Pflegers, der die Rechte des Abkömmlings bei der Auseinandersetzung wahrnimmt, zu sorgen, § 1909.

5. Von einem Abkömmlinge gilt § 1492 Abs 3 nicht.

6. Die Vorschrift des § 1492 Abs 3 steht mit der Vorschrift des § 1484 Abs 2 Satz 2 im Einklange.

7. In das Güterrechtsregister wird die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft ebensowenig wie ihr Eintritt eingetragen, § 1485 A 5.

§ 1493

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft endigt[1]) mit der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten.

Der überlebende Ehegatte hat, wenn ein anteilsberechtigter Abkömmling minderjährig ist oder bevormundet[2]) wird, die Absicht der Wiederverheiratung dem Vormundschaftsgericht[3]) anzuzeigen, ein Verzeichnis[4]) des Gesamtguts

einzureichen, die Gütergemeinschaft aufzuheben[5]**) und die Auseinandersetzung**[6]**) herbeizuführen. Das Vormundschaftsgericht kann gestatten, daß die Aufhebung der Gütergemeinschaft bis zur Eheschließung unterbleibt**[7]**) und daß die Auseinandersetzung erst später erfolgt**[8]**).**

E I 1403 Nr 2, 1404 II 1404 M 4, 466, 470 P 4, 342.

1. Die **Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft** tritt mit der **Wiederverheiratung** des überlebenden Ehegatten kraft Gesetzes ein und kann von den Ehegatten weder letztwillig, noch durch Vertrag ausgeschlossen werden, § 1518. Der wiederverheiratete Ehegatte ist nunmehr zur Auskehrung des den gemeinschaftlichen Abkömmlingen gebührenden Schichtteils — unbeschadet des elterlichen Nutznießungsrechts §§ 1649, 1686 — verpflichtet. Eine kraft Gesetzes eintretende Einkindschaftung der Abkömmlinge in die neue Ehe kennt das BGB nicht.

2. Oder wenn der Abkömmling unter Pflegschaft steht, § 1915. Nicht erforderlich ist, daß der überlebende Ehegatte der Gewalthaber, Vormund bezw. Pfleger des Abkömmlings ist. Die ähnlichen Verpflichtungen, die den überlebenden Ehegatten als Gewalthaber, Vormund bezw. Pfleger aus §§ 1669, 1686, 1845, 1897, 1915 treffen, bleiben unberührt.

3. **Zuständiges Vormundschaftsgericht** §§ 35, 43 FGG, Art 147 EG.

4. Die Bestimmung, daß ein **Verzeichnis des Gesamtguts** einzureichen sei, schließt sich an die ähnlichen Bestimmungen in §§ 1669, 1845, 1314 an (M 4, 471). Vgl. auch § 1640. Zum Gesamtgute gehören auch die Gesamtgutsverbindlichkeiten. Das Verzeichnis ist dazu bestimmt, eine Übersicht über das der Schichtung zugrunde zu legende Gesamtgut zu gewähren und künftige Ermittelungen zu ersparen. Diesem Zwecke entsprechend muß das Verzeichnis richtig und vollständig sein, insbesondere auch eine Übersicht des Schuldenstandes enthalten (a. M. Planck, Staudinger). Das Vormundschaftsgericht kann die Vervollständigung des Verzeichnisses mittelbar dadurch erzwingen, daß es von der Befugnis des § 1493 Abs 2 Satz 2 keinen Gebrauch macht, solange das Verzeichnis ungenügend ist. Vgl. A 8.

5. Die **Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft** erfolgt nach Maßgabe des § 1492. Nach bewirkter Aufhebung kann die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht wiederhergestellt werden, selbst wenn die Wiederverheiratung unterbleibt, § 1492 A 1.

6. Die **Auseinandersetzung** wird nach Maßgabe der §§ 1497—1506 bewirkt.

7. **Fortdauer der Gütergemeinschaft.** Gestattet das Vormundschaftsgericht, daß die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft bis zur Eheschließung unterbleibt, so endigt die fortgesetzte Gütergemeinschaft gemäß § 1493 Abs 1 von selbst mit der Eheschließung.

8. **Aufschiebendes Ehehindernis.** Nach § 1314 Abs 2 darf im Falle des § 1493 Abs 2 der überlebende Ehegatte eine Ehe erst eingehen, nachdem ihm das Vormundschaftsgericht ein Zeugnis darüber erteilt hat, daß er die im § 1493 Abs 2 bezeichneten Verpflichtungen erfüllt hat oder daß sie ihm nicht obliegen.

§ 1494

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft endigt[1]**) mit dem Tode des überlebenden Ehegatten.**

Wird der überlebende Ehegatte für tot erklärt, so endigt die fortgesetzte Gütergemeinschaft mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt.[2]**)**

E I 1403 Nr 1 II 1405 M 4, 466, 474 P 4, 342.

1. Die **Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft** tritt mit dem **Tode des überlebenden Ehegatten** kraft Gesetzes ein und kann von den Ehegatten weder letztwillig noch durch Vertrag ausgeschlossen werden, § 1518. Aus dem Zwecke der fortgesetzten Gütergemeinschaft, das gemeinschaftliche Familienvermögen zugunsten des überlebenden Ehegatten zusammenzuhalten (§ 1483 A 4), ergibt sich, daß über den Tod des letztlebenden Ehegatten hinaus eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht stattfinden kann. Vgl. § 1490 (Tod eines Abkömmlinges).

2. Welcher Zeitpunkt als **Zeitpunkt des Todes** zu gelten hat, wird gemäß § 18 Abs 2 BGB und § 970 Abs 2 ZPO im Todeserklärungsurteile festgestellt. Bei der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft verbleibt es, auch wenn der Mann die Todeserklärung überlebt. Wird aber infolge einer Anfechtungsklage die Todeserklärung aufgehoben oder eine andere Todeszeit festgestellt, so tritt die der wirklichen Sachlage entsprechende Beurteilung ein. Gleiches gilt, wenn sich die Sterbeurkunde als falsch erweist. Der § 1494 Abs 2 entspricht dem § 1420.

3. Die **Auseinandersetzung** erfolgt in den Fällen des § 1494 nach Maßgabe der §§ 1497 bis 1506 Der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört zu dessen Nachlaß und vererbt sich nach den allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen.

§ 1495

[1])**Ein anteilsberechtigter Abkömmling[2]) kann gegen den überlebenden Ehegatten auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft klagen[3]):**
1. **wenn der überlebende Ehegatte ein Rechtsgeschäft der in den §§ 1444 bis 1446 bezeichneten Art ohne Zustimmung des Abkömmlinges vorgenommen hat[4]) und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung[5]) des Abkömmlinges zu besorgen ist;**
2. **wenn der überlebende Ehegatte das Gesamtgut in der Absicht, den Abkömmling zu benachteiligen, vermindert hat;**
3. **wenn der überlebende Ehegatte seine Verpflichtung, dem Abkömmling Unterhalt zu gewähren, verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung[5]) des Unterhalts zu besorgen ist;**
4. **wenn der überlebende Ehegatte wegen Verschwendung[6]) entmündigt ist oder wenn er das Gesamtgut durch Verschwendung erheblich gefährdet[5]);**
5. **wenn der überlebende Ehegatte die elterliche Gewalt über den Abkömmling verwirkt hat oder, falls sie ihm zugestanden hätte, verwirkt haben würde[7]).**

E I 1405 Abs 1 II 1406 M 4, 472 P 4, 328, 342.

1. Der § 1495 regelt die Fälle, in denen ein anteilsberechtigter Abkömmling die **Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch gerichtliches Urteil** herbeiführen kann. Andere als die im § 1495 aufgeführten Klagegründe sind ausgeschlossen, z. B. Volljährigkeit, Verheiratung eines Abkömmlinges, Gründung einer eigenen Wirtschaft. Vgl. § 1487 A 7 (Aussteuer, Ausstattung). Die Voraussetzungen, unter denen ein anteilsberechtigter Abkömmling auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft klagen kann, sind im allgemeinen dieselben, unter denen eine Ehefrau auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen kann, § 1468. Es wird daher auf die Erläuterungen zu § 1468 verwiesen. § 1468 Nr 5 kann hier nicht in Frage kommen, weil der spätere Erwerb der Abkömmlinge nach § 1485 Abs 2 überhaupt nicht zum Gesamtgute gehört und durch Verschuldung des überlebenden Ehegatten nicht gefährdet werden kann.

2. **Anteilsberechtigter Abkömmling** § 1490 A 2. Klageberechtigt ist in den Fällen zu Nr 4 jeder anteilsberechtigte Abkömmling, in den Fällen zu 1—3 und 5 derjenige anteilsberechtigte Abkömmling, bei dem der vorausgesetzte Tatbestand vorliegt.

3. Die **Klage auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft** kann dadurch abgewendet werden, daß der überlebende Ehegatte gemäß § 1492 Abs 1 die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufhebt oder sich zum Abschluß eines Aufhebungsvertrags gemäß § 1492 Abs erbietet. Der Rechtsstreit wird in dem gewöhnlichen Verfahren ausgetragen. Wirkung des Urteils § 1496.

4. Verschulden braucht dem überlebenden Ehegatten nicht besonders nachgewiesen zu werden. § 1468 A 5.

5. **Erhebliche Gefährdung** § 1468 A 6. Vgl. **RG** JW 07, 23[26].

6. **Entmündigung wegen Verschwendung** § 1568 A 9, 10.

7. **Verwirkung der elterlichen Gewalt** § 1680. Diesem Falle sind die in §§ 1666, 2334 vorausgesetzten Tatbestände nicht gleichgestellt. Durch die Vorschrift in § 1495 Nr 5 werden auch die nicht unter der elterlichen Gewalt des überlebenden Ehegatten stehenden Abkömmlinge geschützt.

8. Vorläufige Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch einstweilige Verfügung erscheint nicht statthaft. Vgl. § 1418 A 12.

§ 1496

Die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft tritt in den Fällen des § 1495 mit der Rechtskraft des Urteils[1]) ein. Sie tritt für alle Abkömmlinge ein, auch wenn das Urteil auf die Klage eines der Abkömmlinge ergangen ist[2]).

E I 1403 Nr 3, 1405 Abs 2 II 1407 M 4, 474 P 4, 342.

1. Das **Urteil** hat rechtsgestaltende Wirkung und kann nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. § 1469 Satz 1 entspricht dem § 1418 Abs 2 und § 1470 Abs 1 Satz 1. Vgl. § 1418 A 11, 12. Die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft tritt zwar erst mit der

Rechtskraft des Urteils und nicht schon mit der Klageerhebung ein; der Zeitpunkt der Klageerhebung ist aber nach §§ 1498, 1479 für die Auseinandersetzung von Bedeutung.

2. Die **übrigen Abkömmlinge** sind nicht verpflichtet, sich an dem Rechtsstreite des klagenden Abkömmlinges zu beteiligen. Treten sie ihm als Nebenintervenienten bei, so gelten sie als seine Streitgenossen im Sinne des § 61 ZPO (§ 69 ZPO).

§ 1497

Nach der Beendigung[1]) der fortgesetzten Gütergemeinschaft findet in Ansehung des Gesamtguts die Auseinandersetzung[2]) statt.

Bis zur Auseinandersetzung bestimmt sich das Rechtsverhältnis der Teilhaber an dem Gesamtgute nach den §§ 1442, 1472, 1473[3]).

E I 1406 Abs 1 II 1408 M 4, 475 P 4, 344

1. **Gründe der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft** sind: Aufhebung durch den überlebenden Ehegatten (§ 1492), Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten (§ 1493), Tod oder Todeserklärung desselben (§ 1494) und Urteil auf Klage eines anteilsberechtigten Abkömmlings (§§ 1495, 4916). In diesen Fällen ist eine Auseinandersetzung notwendig. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft kann auch dadurch ihr Ende erreichen, daß alle Abkömmlinge sterben oder verzichten. In solchen Fällen vereinigt sich das ganze Gesamtgut in der Hand des überlebenden Ehegatten (§ 1490 Satz 3, § 1491 Abs 4) und es ist für eine Auseinandersetzung kein Raum. Letzteres trifft auch dann zu, wenn neben dem überlebenden Ehegatten nur ein einziger Abkömmling vorhanden ist, ersterer stirbt und von letzterem beerbt wird.

2. Sowohl der Ehegatte (bezw. dessen Erben) als auch jeder anteilsberechtigte Abkömmling können auf Vornahme der **Auseinandersetzung** klagen. Ebenso § 1471 Abs 1 und § 730 Abs 1. Das Recht auf Auseinandersetzung kann durch Vertrag weder ausgeschlossen, noch beschränkt werden. Ist der überlebende Ehegatte gesetzlicher Vertreter eines Abkömmlinges, so erhält letzterer für die Auseinandersetzung einen Pfleger. Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, § 1822 Nr 2. Vermittelung der Auseinandersetzung durch das Amtsgericht §§ 99, 193 FGG.

3. Der Hinweis auf § **1442** ergibt, daß das **Rechtsverhältnis der Teilhaber** wieder wie während der Gütergemeinschaft und wie nach Beendigung der Gütergemeinschaft bis zur Auseinandersetzung (§ **1471** Abs 2) als Gemeinschaft zur gesamten Hand fortbesteht. Der Hinweis auf § **1472** ergibt, daß die Verwaltung des Gesamtguts dem überlebenden Ehegatten (bezw. dessen Erben) und den anteilsberechtigten Abkömmlingen gemeinschaftlich zusteht. Was der überlebende Ehegatte erwirbt, fällt nicht mehr wie während der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1485 Abs 1 Halbs 2) in das Gesamtgut. Dagegen wird das unter den Voraussetzungen des § **1473** Erworbene Gesamtgut.

4. Nach § 860 Abs 2 ZPO sind nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Anteile des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge am Gesamtgute zugunsten der Gläubiger der Anteilsberechtigten **pfändbar**, nicht aber die Anteile am den einzelnen Gesamtgutsgegenständen. Die pfändbaren Anteile gehören im Falle der Konkurseröffnung zur Konkursmasse. Wegen der Zwangsvollstreckung vgl. § 745 Abs 2 ZPO.

§ 1498

[1])Auf die Auseinandersetzung finden die Vorschriften der §§ 1475, 1476, des § 1477 Abs. 1 und der §§ 1479 bis 1481 Anwendung[2]); an die Stelle des Mannes tritt der überlebende Ehegatte, an die Stelle der Frau treten die anteilsberechtigten Abkömmlinge. Die im § 1476 Abs. 2 Satz 2 bezeichnete Verpflichtung besteht nur für den überlebenden Ehegatten.

E I 1406 Abs 1, 2, 4, 6, 1407 Abs 1 II 1409 M 4, 475 ff. P 4, 344; 6, 289.

1. Die **Auseinandersetzung** (Schichtung) erfolgt nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft wesentlich ebenso wie nach Beendigung der Gütergemeinschaft. An die Stelle des Mannes tritt der überlebende Ehegatte, an die Stelle der Frau treten die anteilsberechtigten Ehegatten, ein Grundsatz, der auch bereits im § 1487 Abs 1 zur Anerkennung gelangt ist. Abweichende Anordnungen sind den Ehegatten versagt, § 1518. Dies schließt nicht aus, daß sich sämtliche Beteiligte über abweichende Grundsätze einigen. Vgl. ferner § 1494 A 3 und § 1497 A 2, 3. Letztwillige Verfügungen des verstorbenen Ehegatten §§ 1511 bis 1516.

2. § **1475** bestimmt, daß aus dem Gesamtgute zunächst die Gesamtgutsverbindlichkeiten zu berichtigen sind und daß das Gesamtgut, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen ist. Bei

Unzulänglichkeit des Gesamtguts tritt verhältnismäßige Befriedigung ein. **§ 1475 Abs 2** findet in §§ 1499, 1500 seine Ergänzung. Der etwaige Überschuß gebührt nach **§ 1476** dem überlebenden Ehegatten zur Hälfte und den anteilsberechtigten Abkömmlingen zur Hälfte. Unberücksichtigt bleiben das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten an dem Anteile des verstorbenen Ehegatten, sowie dasjenige, was einseitigen Abkömmlingen aus dem Gesamtgute ausgekehrt worden ist, § 1483 A 7. Diese Nichtberücksichtigung erscheint als eine billige Ausgleichung dafür, daß die anteilsberechtigten Abkömmlinge wegen ihrer Erb- und Pflichtteilsansprüche nach dem verstorbenen Ehegatten nicht schon bei dessen Tode, sondern infolge der Fortsetzung der Gütergemeinschaft erst bei deren Beendigung schadlos gehalten werden (M 4, 478, 479). Mehrere anteilsberechtigte Abkömmlinge teilen die ihnen zufallende Hälfte nach Vorschrift des § 1503. Ersatzverbindlichkeiten werden nach **§ 1476 Abs 2 Satz 1** dem Schuldner auf seinen Teil angerechnet. **§ 1476 Abs 2 Satz 2** bezieht sich nicht auf die Abkömmlinge (§ 1498 Satz 2), weil ihre persönliche Haftung nach § 1489 Abs 3 durch die fortgesetzte Gütergemeinschaft überhaupt nicht begründet wird. Vgl. jedoch auch § 1489 A 7. Nach **§ 1477 Abs 1** wird der Überschuß nach den Vorschriften über die Gemeinschaft geteilt. An Stelle des **§ 1477 Abs 2** treten die §§ 1502, 1515 (Übernahmerecht). Das im **§ 1479** eingeräumte Recht, den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Aufhebungsklage zur Grundlage für die Auseinandersetzung zu wählen, kann von den Abkömmlingen nur gemeinschaftlich ausgeübt werden, denn die Auseinandersetzung erfordert die Beobachtung einheitlicher Grundsätze allen Abkömmlingen gegenüber. Entsprechend § 1502 Abs 2 Satz 2 (Übernahmerecht der Abkömmlinge). Die **§§ 1480, 1481** regeln die Folgen der Nichtberichtigung einer Gesamtgutsverbindlichkeit und zwar § 1480 die Haftung gegenüber den Gläubigern und § 1481 die Haftung der Schuldner untereinander. Wie bei der ehelichen Gütergemeinschaft der Ehemann gegenüber der Ehefrau die Einbuße zu tragen hat (§ 1481 A 4), so muß auch bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte den Abkömmlingen gegenüber die Einbuße tragen. Letztere sind sogar insofern günstiger als die Ehefrau gestellt, als sie auch wegen der ihnen nach § 1500 zur Last fallenden Verbindlichkeiten dem überlebenden Ehegatten nicht persönlich haften, sondern sich nur Anrechnung auf ihren Anteil gefallen lassen müssen. Dies muß auch für den Fall des § 1481 Satz 2 gelten. Die Haftung der anteilsberechtigten Abkömmlinge untereinander regelt § 1504.

3. Die Auseinandersetzung (Schichtung) hat nicht die Bedeutung einer sog. **Todteilung.** Erb- und Pflichtteilsrechte der abgeschichteten Abkömmlinge bleiben gegenüber dem überlebenden Ehegatten und Geschwistern unberührt. Ebensowenig wird das **elterliche Nutznießungsrecht** berührt.

§ 1499

[1])Bei der Auseinandersetzung fallen dem überlebenden Ehegatten zur Last[2]):

1. **die ihm bei dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft obliegenden Gesamtgutsverbindlichkeiten, für die das eheliche Gesamtgut nicht haftete[3]) oder die im Verhältnisse der Ehegatten zueinander ihm zur Last fielen[4]);**
2. **die nach dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstandenen Gesamtgutsverbindlichkeiten[5]), die, wenn sie während der ehelichen Gütergemeinschaft in seiner Person entstanden wären, im Verhältnisse der Ehegatten zueinander ihm zur Last gefallen sein würden[6]);**
3. **eine Ausstattung, die er einem anteilsberechtigten Abkömmling über das dem Gesamtgut entsprechende Maß hinaus oder die er einem nicht anteilsberechtigten Abkömmlinge versprochen oder gewährt hat[7]) [8]) [9]).**

E I 1400 Abs 2 Nr 1, 2, Abs 3, 1401 II 1401 M 4, 464 P 4, 339 ff.

1. Die §§ 1499, 1500 regeln die Frage, ob **bei der Auseinandersetzung eine Verbindlichkeit** dem überlebenden Ehegatten oder den anteilsberechtigten Abkömmlingen **zur Last fällt.** Sie regeln also nur das innere Verhältnis der Schichtungsbeteiligten zueinander und lassen das Verhältnis des Gesamtguts zu den Gläubigern (§ 1488) unberührt. Grundsätzlich fallen, da die fortgesetzte Gütergemeinschaft wie die Gütergemeinschaft ihrem Wesen nach eine Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb ist (§ 1463 A 1), alle Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft auch im Verhältnisse des überlebenden Ehegatten und der anteilsberechtigten Abkömmlinge zueinander dem Gesamtgute der fort-

gesetzten Gütergemeinschaft zur Last. Das BGB läßt diesen Grundsatz unausgesprochen und führt in den §§ 1499, 1500 nur die Ausnahmen auf. Die Bedeutung jenes Grundsatzes ergeben im einzelnen § 1466 Abs 2 mit § 1487 (Ersatzansprüche), § 1475 mit § 1498 (Vorwegberichtigung aus dem Gesamtgute) und § 1481 Satz 1 mit § 1498 (Haftung bei Nichtberichtigung).

2. Fällt die Verbindlichkeit bei der Auseinandersetzung **dem überlebenden Ehegatten zur Last**, so ist er nicht berechtigt, die Berichtigung aus dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu verlangen (§ 1475 Abs 2 mit § 1498) und er hat, falls die Berichtigung dennoch erfolgt war, entsprechenden Ersatz zum Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu leisten (§ 1466 Abs 1 mit § 1487).

3. Das sind die Verbindlichkeiten der Frau als überlebender Ehegattin, für die nach §§ 1460—1462 das eheliche Gesamtgut nicht haftete. Verbindlichkeiten des Mannes als überlebenden Ehegatten fallen unter diese Gruppe nicht, weil das Gesamtgut nach § 1459 Abs 1 für seine Verbindlichkeiten ohne Ausnahme haftete.

4. Das sind die den §§ 1463—1465 zu entnehmenden Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten.

5. Die vor dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstandenen Gesamtgutsverbindlichkeiten (§ 1488 A 3) gehören nicht hierher.

6. Das sind die den §§ 1463, 1464 Abs 1 zu entnehmenden Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten.

7. **Ausstattung.** Der § 1499 Nr 3 entspricht dem § 1465 Abs 1. Auf die Aussteuer bezieht sich die Bestimmung nicht. Vgl. § 1499 A 3, § 1487 A 7. Soweit die versprochene oder gewährte Ausstattung das dem Gesamtgut entsprechende Maß einhält, ist sie vom Gesamtgute zu tragen. Die Ausgleichung der Abkömmlinge untereinander regelt sich nach § 1503.

8. Die **Beweislast** trifft denjenigen, der behauptet, daß einer der im § 1499 unter Nr 1 bis 3 bezeichneten Ausnahmefälle vorliegt.

9. Wegen der Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen vgl. § 1498 A 1.

§ 1500

[1])Die anteilsberechtigten Abkömmlinge müssen sich Verbindlichkeiten des verstorbenen Ehegatten, die diesem im Verhältnisse der Ehegatten zueinander zur Last fielen[2]), bei der Auseinandersetzung auf ihren Anteil insoweit anrechnen[3]) lassen, als der überlebende Ehegatte nicht von dem Erben des verstorbenen Ehegatten Deckung[4]) hat erlangen können.

In gleicher Weise haben sich die anteilsberechtigten Abkömmlinge anrechnen[3]) zu lassen, was der verstorbene Ehegatte zu dem Gesamtgute zu ersetzen hatte[5])[6])[7]).

E I 1400 Abs 2 Nr 3, Abs 3, 4, § 1402 Abs 2 II 1402 M 4, 464, 466 P 4, 340; 6, 287.

1. Während § 1499 diejenigen Verbindlichkeiten, welche ausnahmsweise bei der Auseinandersetzung dem überlebenden Ehegatten zur Last fallen, aufführt, werden im § 1500 die **zu Lasten der Abkömmlinge fallenden Verbindlichkeiten** behandelt. Vgl. § 1499 A 1.

2. Das sind die den §§ 1463—1465 zu entnehmenden Verbindlichkeiten des verstorbenen Ehegatten.

3. Nur **Anrechnung** auf ihren Anteil müssen sich die Abkömmlinge gefallen lassen. Sie sind also einerseits nicht berechtigt, die Berichtigung der Verbindlichkeit aus dem Gesamtgute zu verlangen (§ 1475 Abs 2 mit § 1498), und genügen anderseits, falls die Berichtigung dennoch erfolgt war, ihrer Ersatzpflicht durch Anrechnung. Eine persönliche Ersatzschuld entsteht nicht, da sie nach § 1489 Abs 3 persönlich überhaupt nicht haften, es sei denn, daß sie ein besonderer Verpflichtungsgrund trifft, § 1489 A 7.

4. **Deckung** würde der überlebende Ehegatte von den Erben des verstorbenen Ehegatten nur haben verlangen können, wenn letzterer ausreichendes Vorbehalts- bezw. Sondergut hinterlassen hätte, § 1483 A 5, 6. War solche Deckungsmöglichkeit vorhanden, so sind die Abkömmlinge nicht anrechnungspflichtig, gleichviel ob der überlebende die Deckungsmöglichkeit benutzt hat oder nicht. Dem Falle der wirklich erlangten Deckung steht es gleich, wenn und soweit der verstorbene Ehegatte vom überlebenden Ehegatten beerbt wird.

5. Das bezieht sich auf die **Ersatzverbindlichkeit** aus § 1466 Abs 1.

6. Die **Beweislast** trifft denjenigen, der behauptet, daß einer der im § 1500 bezeichneten Ausnahmefälle vorliegt.

7. Wegen der Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen vgl. § 1498 A 1.

§ 1501

[1])Ist einem anteilsberechtigten Abkömmlinge für den Verzicht[2]) auf seinen Anteil eine Abfindung aus dem Gesamtgute[3]) gewährt worden, so wird sie bei der Auseinandersetzung in das Gesamtgut eingerechnet und auf die den Abkömmlingen gebührende Hälfte angerechnet[4]).

Der überlebende Ehegatte kann mit den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen schon vor[5]) der Aufhebung[6]) der fortgesetzten Gütergemeinschaft eine abweichende Vereinbarung[7]) treffen. Die Vereinbarung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[8]); sie ist auch denjenigen Abkömmlingen gegenüber wirksam, welche erst später in die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintreten.

E I 1398 Abs 4 II 1397 M 4, 460 P 4, 316.

1. Der § 1501 regelt die Frage, wie die einem anteilsberechtigten Abkömmlinge aus dem Gesamtgute **für den Verzicht auf seinen Anteil gewährte Abfindung** bei der Auseinandersetzung im Verhältnisse des überlebenden Ehegatten zu den Abkömmlingen **zu verrechnen** ist. Mangels ausdrücklicher Bestimmung würde die Abfindung zur Hälfte von dem überlebenden Ehegatten und zur Hälfte von den Abkömmlingen zu tragen sein. Dies wäre dem überlebenden Ehegatten gegenüber unbillig, weil der Anteil des infolge Verzichts ausscheidenden Abkömmlings nur den übrigen Abkömmlingen anwächst, § 1491 Abs 4, § 1490 Satz 3. Daher ist im § 1501 Abs 1 die für den Regelfall angemessene und abänderungsfähige Vorschrift erteilt worden.

2. Nur ein nach Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft erklärter **Verzicht des Abkömmlinges auf seinen Anteil** (§ 1491) ist, wie der Zusammenhang ergibt, gemeint, nicht ein vorher geschlossener Verzichtsvertrag (§ 1517). Verzicht und Abfindung müssen in dem Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung stehen. Ein solches Verhältnis liegt bei einem einseitigen Verzichte (§ 1491 Abs 1) regelmäßig nicht vor. Auf diesen bezieht sich § 1491 nicht. Das Gesetz hat vielmehr den Regelfall im Auge, daß Verzicht (und Abfindung) durch Vertrag des Verzichtenden mit dem überlebenden Ehegatten und den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen bedungen worden sind, § 1491 Abs 2 (a. M. Staudinger und andere Schriftsteller). In diesem Falle können die Abkömmlinge, die sich die Abfindung anrechnen lassen müssen, bei Bemessung der Abfindung mitwirken, im andern Falle nicht. Die Ansicht, daß sich die Abkömmlinge die Anrechnung jeder, auch der außervertraglich gewährten, noch so hohen Abfindung für einen einseitigen Verzicht gefallen lassen müssen, läuft auf eine große Unbilligkeit gegenüber den Abkömmlingen hinaus, widerspricht dem Grundgedanken des § 1499 Nr 3 und steht auch nicht mit den Darlegungen der Motive Bd 4 Satz 460, 461 im Einklange.

3. Nicht unter § 1501 fällt eine Abfindung, die der überlebende Ehegatte aus seinem Vorbehalts- oder Sondergut oder die ein Abkömmling, dem der Anteil des Verzichtenden anwächst, gewährt.

4. Über die **Anrechnungspflicht** hinaus haften die Abkömmlinge nicht persönlich. Vgl. § 1500 A 3. Untereinander verteilen sie die Last nach § 1503 Abs 3.

5. Die nach der Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft getroffene Vereinbarung bedarf keiner Form. Vgl. § 1498 A 1. Den Beteiligten bleibt überlassen, schon beim Abschlusse des Verzichtsvertrags (§ 1491 Abs 2) geeignete Nebenabreden zu treffen (M 4, 461).

6. **Gründe der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft** § 1497 A 1.

7. Ist der überlebende Ehegatte der gesetzliche Vertreter eines Abkömmlinges, so muß diesem ein Pfleger bestellt werden. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist nur insoweit erforderlich, als die Abkömmlinge untereinander die Abfindungslast verteilen, § 1822 Nr 2, § 1503 Abs 3.

8. **Gerichtliche oder notarielle Beurkundung** §§ 128, 152 BGB, Art 141 EG, §§ 167 ff. FGG.

§ 1502

[1])Der überlebende Ehegatte ist berechtigt, das Gesamtgut oder einzelne dazu gehörende Gegenstände gegen Ersatz des Wertes[5]) zu übernehmen[3]). Das Recht geht nicht auf den Erben über.

Wird die fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Grund des § 1495 durch Urteil aufgehoben, so steht dem überlebenden Ehegatten das im Abs. 1 bestimmte Recht nicht zu. Die anteilsberechtigten Abkömmlinge können in diesem Falle[4]) diejenigen Gegenstände gegen Ersatz des Wertes[2]) übernehmen[3]),

welche der verstorbene Ehegatte nach § 1477 Abs. 2 zu übernehmen berechtigt sein würde. Das Recht kann von ihnen nur gemeinschaftlich[5]) ausgeübt werden[6]).

E I 1406 Abs 5, 1407 Abs 2, 3 II 1410 M 4, 480 ff. P 4, 344, 347.

1. Bei der Auseinandersetzung nach Beendigung der Gütergemeinschaft haben die Ehegatten das im § 1477 Abs 2 bestimmte Übernahmerecht. Bei der Auseinandersetzung nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft haben der überlebende Ehegatte und die Abkömmlinge das im § 1502 bestimmte Übernahmerecht. Beide Fälle sind verschieden geregelt. Insbesondere genießt der Ehegatte im Falle des § 1502 abweichend vom Falle des § 1477 Abs 2 die große Begünstigung gegenüber den Abkömmlingen, **das ganze Gesamtgut zum Schätzungswerte** ohne Rücksicht darauf, von welchem der beiden Ehegatten es herrührt, **zu übernehmen.** Dabei ist er nach § 1492 Abs 1 Satz 1 in der Lage, den für die Übernahme vorteilhaftesten Zeitpunkt zu wählen. Er kann sich dadurch (namentlich für den Fall der Wiederverheiratung) die wirtschaftliche Grundlage seines Lebens erhalten, was wiederum dem Zwecke der fortgesetzten Gütergemeinschaft entspricht. Vgl. § 1483 A 4, 1484 A 1.

2. Der gemeine **Wert** zur Zeit der Übernahme ist maßgebend.

3. Das **Übernahmerecht** gelangt erst bei der Teilung zur Ausübung. Es muß zurückstehen, wenn der Übernahmegegenstand vom Gesamtgut einem Dritten geschuldet wird oder seine Versilberung behufs Berichtigung von Gesamtgutsverbindlichkeiten erforderlich ist, § 1475 Abs 3 mit § 1498. Letzteres ist nicht der Fall, wenn die Berichtigung durch Versilberung anderer Gegenstände als der zu übernehmenden ermöglicht werden kann. Das Übernahmerecht des Ehegatten ist unvererblich, das der Abkömmlinge vererblich. Letztwillige Zuerteilung des Übernahmerechts § 1515.

4. Den Abkömmlingen steht das Übernahmerecht auch dann zu, wenn die Aufhebungsklage zwar erhoben, auch begründet war, der Rechtsstreit sich aber in der Hauptsache vor dem Urteile durch Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft aus einem andern Grunde (z. B. Aufhebung durch den überlebenden Ehegatten, § 1492 Abs 1 Satz 1) erledigte. Dies folgt aus § 1479 mit 1498. Vgl. § 1479 A 2 und § 1422 A 1. A. M. Planck, Staudinger.

5. Mehrheitsbeschluß genügt nicht.

6. Grundbuchverkehr §§ 37, 38, 99 GO.

§ 1503

Mehrere anteilsberechtigte Abkömmlinge[1]) teilen die ihnen zufallende Hälfte des Gesamtguts nach dem Verhältnisse der Anteile, zu denen sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge[2]) als Erben des verstorbenen Ehegatten berufen sein würden, wenn dieser erst zur Zeit der Beendigung[3]) der fortgesetzten Gütergemeinschaft gestorben wäre[4]).

Das Vorempfangene[5]) kommt nach den für die Ausgleichung unter Abkömmlingen geltenden Vorschriften[6]) zur Ausgleichung, soweit nicht eine solche bereits bei der Teilung des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten erfolgt ist.

Ist einem Abkömmlinge, der auf seinen Anteil verzichtet[7]) hat, eine Abfindung aus dem Gesamtgute gewährt worden, so fällt sie den Abkömmlingen zur Last, denen der Verzicht zustatten kommt.

E I 1408 II 1411 M 4, 484 P 4, 347; 6, 289.

1. **Anteilsberechtigte Abkömmlinge** § 1482 A 2, § 1483 A 3.

2. Hiernach sind die §§ 1924, 1927, 1930 maßgebend. Abweichende Anordnungen durch letztwillige Verfügungen §§ 1511—1516.

3. Gründe der **Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft** § 1497 A 1.

4. Hiernach ist nicht der Todestag des verstorbenen Ehegatten, sondern der Zeitpunkt der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft maßgebend.

5. Zum **Vorempfangenen** gehört, was der Abkömmling von dem verstorbenen Ehegatten und an dessen Stelle auf Grund des § 1487 Abs 1 mit §§ 1442—1446 aus dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft von dem überlebenden Ehegatten empfangen hat.

6. Hiernach sind die §§ 2050, 2051 Abs 1, 2053—2057 maßgebend. Abweichende Anordnungen sind den Ehegatten versagt, § 1518. Die Ausgleichungspflicht findet auch dann statt, wenn der verstorbene Ehegatte gemäß § 1512 letztwillig den Anteil des Abkömmlings herabgesetzt hat (M 4, 485). Gegenüber dem überlebenden Ehegatten sind die Abkömmlinge zur Ausgleichung nicht verpflichtet.

7. Hiermit ist der Fall des § 1491 (nicht der des § 1517) in Verbindung mit § 1501 gemeint. Vgl. § 1501 A 2.

§ 1504

Soweit die anteilsberechtigten Abkömmlinge nach § 1480 den Gesamtgutsgläubigern haften[1]), sind sie im Verhältnisse zueinander nach der Größe ihres Anteils an dem Gesamtgute verpflichtet[2]). Die Verpflichtung beschränkt sich auf die ihnen zugeteilten Gegenstände; die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 finden entsprechende Anwendung[3]).

E II 1412 M 4, 476 P 4, 846; 5, 828.

1. Nach § 1480 in Verbindung mit § 1498 **haften einem Gesamtgutsgläubiger**, dessen Forderung bei der Teilung des Gesamtguts unberichtigt blieb, alle anteilsberechtigten Abkömmlinge persönlich und gesamtschuldnerisch, jedoch ist ihre Haftung auf die ihnen zugeteilten Gegenstände beschränkt.

2. Ein Abkömmling, dem bei der Teilung Gesamtgutsgegenstände von einem seinen Anteil übersteigenden Werte zugeteilt worden sind und der den Gläubiger bis zum Werte der zugeteilten Gegenstände befriedigt hat, kann also wegen der seinen Anteil übersteigenden Mehrleistung von den übrigen Abkömmlingen Ersatz verlangen. Von diesen ist ein jeder nur mit den ihm zugeteilten Gegenständen und nur bis zur Höhe seines Anteils ersatzpflichtig.

3. Vgl. hierzu § 1480 A 8.

§ 1505

[1])Die Vorschriften über das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils[2]) finden zugunsten eines anteilsberechtigten Abkömmlings[3]) entsprechende Anwendung; an die Stelle des Erbfalls tritt die Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, als gesetzlicher Erbteil gilt der dem Abkömmlinge zur Zeit der Beendigung gebührende Anteil an dem Gesamtgut[4]); als Pflichtteil gilt die Hälfte des Wertes dieses Anteils.

E I 1391 II 1389 M 4, 446 P 4, 314.

1. **Zweck der Vorschrift.** Nach §§ 1512, 1513, 1516, 1518 können die Ehegatten den Anteil eines Abkömmlinges durch letztwillige Verfügung nur unter gewissen Beschränkungen schmälern oder entziehen. Diese Schranken könnten sie durch Vornahme von Schenkungen umgehen. Zum Schutze der dadurch benachteiligten Abkömmlinge schreibt der § 1505 die entsprechende Anwendung der erbrechtlichen Bestimmungen über das Recht der Pflichtteilsergänzung infolge von Schenkungen (§§ 2325—2332) vor. Dabei wird, wie im § 1503 Abs 1, von der Unterstellung ausgegangen, als sei der Erblasser, nämlich der verstorbene Ehegatte, erst im Zeitpunkte der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1497 A 1) gestorben. Eine wirkliche Erbfolge liegt nicht vor, § 1483 A 4.

2. **Recht auf Ergänzung des Pflichtteils** §§ 2325—2332. Im Sinne dieser Vorschriften ist Schenkung nur eine wirksame Schenkung. Unwirksame Schenkungen (z. B. eine vom Manne während der Gütergemeinschaft ohne Zustimmung der Frau vorgenommene Schenkung aus dem Gesamtgute, § 1446) können zurückgefordert werden. Als Nachlaß im Sinne des § 2327 Abs 1 gilt die Hälfte des zur Zeit der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft vorhandenen Gesamtguts. Nach § 2328 kann jeder anteilsberechtigte Abkömmling die von den andern Abkömmlingen verlangte Ergänzung ihres Anteils soweit verweigern, daß ihm seine eigene Anteilshälfte mit Einschluß dessen verbleibt, was ihm zu deren Ergänzung gebühren würde. In den §§ 2328, 2329 treten an die Stelle des Erben die anteilsberechtigten Abkömmlinge.

3. Jeder anteilsberechtigte Abkömmling kann die zu seinen Gunsten lautenden Vorschriften unabhängig von den übrigen Abkömmlingen geltend machen.

4. Der § 1515 bezieht sich nur auf das **Gesamtgut** der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Auf das Vorbehalts- und Sondergut des verstorbenen Ehegatten finden die Vorschriften über Ergänzung des Pflichtteils unmittelbar Anwendung. Vgl. § 1483 A 5, 6. Dasselbe gilt von dem Vorbehalts- und Sondergute, das der überlebende Ehegatte bei seinem Tode hinterläßt.

§ 1506

Ist ein gemeinschaftlicher Abkömmling[1]) erbunwürdig, so ist er auch des Anteils an dem Gesamtgut unwürdig[2]). Die Vorschriften[3]) über die Erbunwürdigkeit finden entsprechende Anwendung[2]).

E I 1392 II 1390, 1392 M 4, 446 ff. P 4, 314.

1. **Gemeinschaftliche Abkömmlinge** § 1482 A 2. Ist ein einseitiger Abkömmling erbunwürdig, so fällt sein Erbteil den einseitigen und gemeinschaftlichen Abkömmlingen zu, §§ 1483 Abs 2, 2344.

2. § 1516 Satz 1 besagt, daß ein gemeinschaftlicher Abkömmling, wenn er in Ansehung des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten (§ 1483 A 6) für **erbunwürdig** erklärt worden ist, ohne weiteres auch der Anteilnahme am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft unwürdig sein soll. Ist eine Erbunwürdigkeitserklärung in Ansehung des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten unterblieben, so kann der gemeinschaftliche Abkömmling — wie sich aus § 1506 Satz 2 ergibt — doch in Ansehung des Anteils am Gesamtgute für **anteilsunwürdig** erklärt werden. Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft kann zwar von einer Erbfolge keine Rede sein, aber die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Erbunwürdigkeit rechtfertigt sich, weil sich der Anteil eines Abkömmlings am Gesamtgute stofflich als sein Erbteil nach dem verstorbenen Ehegatten darstellt (M 4, 446). Erbunwürdigkeit gegenüber dem überlebenden Ehegatten fällt nicht unter § 1506, sondern berührt nur dessen Nachlaß.

3. §§ 2339—2345. Die Fälle der Erbunwürdigkeit sind im **§ 2339** aufgeführt. Unter den daselbst gemeinten Verfügungen von Todes wegen sind auch solche zu verstehen, die unter die §§ 1511—1515 fallen. Letztere bedürfen zu ihrer Wirksamkeit nach § 1516 der Zustimmung des andern Ehegatten. Die Zustimmungserklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, und die Ehegatten können die in den §§ 1511—1515 bezeichneten Verfügungen auch in einem gemeinschaftlichen Testamente treffen. Mit dem Gesetzeszwecke dürfte die sinnentsprechende Anwendung des § 2339 auf die Zustimmungserklärung im Einklange stehen (a. M. Staudinger). Nach **§ 2340** wird die Erbunwürdigkeit (Anteilsunwürdigkeit) durch Anfechtung des Erbschaftserwerbes (Anteilserwerbes) geltend gemacht und es ist die Anfechtung erst nach dem Anfalle der Erbschaft (des Anteils) d. h. nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten zulässig. Im Falle des § **2343** kommt es auf die Verzeihung des überlebenden Ehegatten nicht an. Gemäß § **2344** kommt die Erbunwürdigkeit eines gemeinschaftlichen Abkömmlinges den gemeinschaftlichen und einseitigen Abkömmlingen zugute.

§ 1507

Das Nachlaßgericht[1]) hat dem überlebenden Ehegatten[2]) auf Antrag[3]) ein Zeugnis[4]) über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu erteilen. Die Vorschriften[5]) über den Erbschein finden entsprechende Anwendung.

E II 1392a P 5, 729 ff.

1. Zuständiges Nachlaßgericht §§ 72, 73 FGG, Art 147 EG.

2. **Antragsberechtigt** ist nur der überlebende Ehegatte bezw. dessen Rechtsnachfolger. Ausnahmen für Gläubiger §§ 792, 896 ZPO, §§ 14, 40 GO und Abkömmlinge § 1485 Abs 3 mit § 1438 Abs 3. Andere Personen können, wenn sie ein rechtliches Interesse glaubhaft machen, Einsicht in das erteilte Zeugnis und die vorausgegangenen Ermittelungsverhandlungen, sowie Ausfertigung des Zeugnisses nebst Abschrift der Ermittelungsverhandlungen erhalten, §§ 78, 85 FGG.

3. Der **Antrag** bedarf keiner Form; er kann auch durch einen Vertreter gestellt werden. Vgl. ferner § 11 FGG.

4. Das **Zeugnis** gibt über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft Auskunft, d. h. es bezeugt unter Namhaftmachung der Beteiligten die Tatsache, daß die Gütergemeinschaft, die in der Ehe zweier Ehegatten geherrscht hat, nach dem Tode des einen Ehegatten zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen (§ 1482 A 2) fortgesetzt (§ 1483 A 4) worden ist. Es wird also nur der Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft, nicht deren Fortdauer bezeugt. **Zusätze** über nachträgliche Änderungen, z. B. Wegfall eines Abkömmlings und Eintritt anderer Abkömmlinge in die fortgesetzte Gütergemeinschaft oder Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehören nicht zum gesetzlichen Inhalte des Zeugnisses, können auch nicht von den Beteiligten beansprucht werden, sind jedoch zulässig und entkräften das Zeugnis nicht. Vgl. **RG** 64, 173 (Erbschein). Das Zeugnis und der Erbschein sind von einander unabhängig (OLG 6, 319), können aber in derselben Urkunde verbunden werden (OLG 14, 237). Wegen des Zeugnisses als Unterlage für Eintragungen in das Grundbuch und Schiffsregister vgl. § 36 Abs 2 GO, § 107 FGG.

5. **Vorschriften über den Erbschein** §§ 2353—2370. Nach **§ 2361 Abs 1** ist das Zeugnis, wenn sich ergibt, daß es unrichtig ist, einzuziehen und wird mit der Einziehung kraftlos. Änderungen, die nach dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft eintreten, begründen die Unrichtigkeit nicht. Nach **§ 2361 Abs 2** hat das Nachlaßgericht das einzuziehende Zeugnis, falls es nicht sofort erlangt werden kann, durch Beschluß für kraftlos zu erklären. — Die Anordnung der Erteilung eines bereits erteilten Zeugnisses kann nicht Gegenstand einer Beschwerde sein, ebensowenig der Inhalt eines erteilten Zeugnisses. Wohl aber ist Beschwerde zulässig gegen die Ablehnung des Antrags auf Einziehung und Kraftloserklärung eines erteilten Zeugnisses (**RG** 61, 273, Erbschein). Beschwerde gegen die Kraftloserklärung findet nicht statt, § 84 FGG. Die Vermutung des § **2365** und der öffentliche Glaube der **§§ 2366, 2367** stehen dem Zeugnisse nur in Ansehung des gesetzlich vorgeschriebenen Inhalts, nicht in Ansehung sonstiger Zusätze (oben A 4) zur Seite (**RG** 64, 173).

§ 1508

[1])**Die Ehegatten können die Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch Ehevertrag[2]) ausschließen[3]).**

Auf einen Ehevertrag, durch welchen die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausgeschlossen oder die Ausschließung aufgehoben wird, finden die Vorschriften des § 1437 Anwendung[4]).

E I 1383 Abs 2 Satz 2 II 1413 Halbs 1 M 4, 424 P 4, 303.

1. Die §§ 1508, 1509 regeln die den Ehegatten zustehende Ausschließung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft. § 1508 regelt die **Ausschließung durch Ehevertrag**, § 1509 die Ausschließung durch letztwillige Verfügung. Im ersteren Falle müssen beide Eheleute zusammenwirken, im letzteren Falle kann jeder Ehegatte einseitig, jedoch nur für seinen Todesfall Bestimmung treffen. Verschieden von der Ausschließung sind die Ablehnung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§ 1484) und die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1492) seitens des überlebenden Ehegatten.

2. Der die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausschließende **Ehevertrag** kann vor und während der Ehe geschlossen und mit dem die Gütergemeinschaft einführenden Ehevertrage, ebenso auch mit einem Erbvertrag (§ 2276), nicht aber mit einem gemeinschaftlichen Testamente (OLG 6, 162, dagegen OLG 6, 165) verbunden werden.

3. Die **Ausschließung** kann sowohl für den Fall, daß der Mann vor der Frau stirbt, als auch für den Fall, daß die Frau vor dem Manne stirbt, bestimmt werden. Sie kann weder auf einen Teil des Gesamtguts, noch in bezug auf Anfang und Ende durch eine Zeitbestimmung oder Bedingung beschränkt werden. Folgen der Ausschließung § 1510. Nichteintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft kann übrigens auch die Folge anderer Umstände sein, z. B. wenn sich die Ehegatten in einem Erbvertrage gegenseitig zu Alleinerben einsetzen.

4. Die Ausschließung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch Ehevertrag muß in das **Güterrechtsregister** eingetragen werden (OLG 8, 335). Vgl. § 1509 A 6.

§ 1509

[1])**Jeder Ehegatte kann für den Fall, daß die Ehe durch seinen Tod aufgelöst wird, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch letztwillige Verfügung[2]) ausschließen[3]), wenn er berechtigt ist, dem andern Ehegatten den Pflichtteil zu entziehen[4]) oder auf Aufhebung der Gütergemeinschaft zu klagen[5]). Auf die Ausschließung finden die Vorschriften[6]) über die Entziehung des Pflichtteils entsprechende Anwendung.**

E I 1387 Abs 1—3 II 1383 Abs 1 M 4, 440 P 4, 309; 6, 286.

1. Allgemeines vgl. § 1508 A 1.

2. Über den Begriff der **letztwilligen Verfügung** vgl. Erläuterungen zu §§ 1937, 1941. Gemeint ist im § 1509 jede einseitige Verfügung von Todes wegen, sei es, daß sie in einem Testamente (§ 1937), sei es, daß sie in einem Erbvertrage (§ 2299) getroffen wird. Dagegen ist es unzulässig, auf Grund des § 1509 die Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch eine vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen in einem Erbvertrage auszuschließen, § 2278. Vgl. aber auch § 1508 A 2.

3. Die **Ausschließung** darf nicht in unzulässiger Weise beschränkt werden, § 1508 A 3.

4. **Entziehung des Pflichtteils** § 2335. Ob in diesen Fällen die Ausschließung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft zugleich die Bedeutung der Entziehung des Pflichtteils hat, ist eine Frage der Auslegung (M 4, 441). Vgl. § 1511 Abs 2.

5. **Klage auf Aufhebung der Gütergemeinschaft** §§ 1468, 1469. In diesen Fällen wird das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten von der Ausschließung nicht berührt (M 44, 41).

6. §§ 2336, 2337.

7. Die Ausschließung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch letztwillige Verfügung wird in das **Güterrechtsregister** nicht eingetragen. Vgl. § 1508 A 4.

§ 1510

Wird die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausgeschlossen[1]), so gilt das Gleiche wie im Falle des § 1482[2]).

E I 1387 Abs 4 II 1383 Abs 2 M 4, 441 P 4, 309.

1. Sei es durch Ehevertrag (§ 1508), sei es durch letztwillige Verfügung (§ 1509).

2. Zum Nachlasse des verstorbenen Ehegatten gehört (außer seinem Vorbehalts- und Sondergute) auch sein Anteil am Gesamtgute und die Beerbung ist die gewöhnliche. Vgl. Erläuterungen zu § 1482.

§ 1511

[1])Jeder Ehegatte[2]) kann für den Fall, daß die Ehe durch seinen Tod aufgelöst[3]) wird, einen gemeinschaftlichen Abkömmling[4]) von der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch letztwillige Verfügung[5]) ausschließen[6]).

Der ausgeschlossene Abkömmling kann, unbeschadet seines Erbrechts[7]), aus dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft[8]) die Zahlung des Betrags verlangen[8]), der ihm von dem Gesamtgute der ehelichen Gütergemeinschaft[8]) als Pflichtteil gebühren würde, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten wäre[9]). Die für den Pflichtteilsanspruch geltenden Vorschriften[10]) finden entsprechende Anwendung.

Der dem ausgeschlossenen Abkömmlinge gezahlte Betrag wird bei der Auseinandersetzung den anteilsberechtigten Abkömmlingen nach Maßgabe des § 1500[11]) angerechnet. Im Verhältnisse der Abkömmlinge zueinander fällt er den Abkömmlingen zur Last, denen die Ausschließung zustatten kommt[6]).

E I 1388 II 1384 M 4, 442 P 4, 309; 5, 137; 6, 287.

1. Während die §§ 1508, 1509 die den Ehegatten zustehende Ausschließung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft überhaupt behandeln (§ 1508 A 1), regelt der § 1511 in Verbindung mit § 1516 die den Ehegatten zustehende **Ausschließung eines gemeinschaftlichen Abkömmlinges von der fortgesetzten Gütergemeinschaft.** Wenngleich bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft von einer Erbfolge keine Rede sein kann (§ 1483 A 4), so darf doch nicht übersehen werden, daß die Teilnahme eines gemeinschaftlichen Abkömmlinges an der fortgesetzten Gütergemeinschaft gewissermaßen den Ersatz für sein gesetzliches Erbrecht bildet (M 41, 442). Wie ein Erblasser seinen Verwandten durch Testament von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen kann (§ 1938), so soll auch den Ehegatten die Ausschließung eines gemeinschaftlichen Abkömmlinges von der fortgesetzten Gütergemeinschaft gestattet sein. Wie in jenem bleibt auch in diesem Falle der Pflichtteilsanspruch unberührt. Verschieden von der Ausschließung des Abkömmlinges durch letztwillige Verfügung ist die Entziehung seines Anteils durch letztwillige Verfügung, § 1513.

2. Zustimmung des andern Ehegatten erforderlich, § 1516.

3. Wird die Ehe durch den Tod des andern Ehegatten aufgelöst, so wird die Ausschließung gegenstandslos. Dasselbe gilt, wenn die Ehe nicht durch Tod, sondern aus andern Gründen aufgelöst wird, z. B. durch Scheidungsurteil, oder wenn die Ehe nicht aufgelöst, sondern für nichtig erklärt wird. Die Ausschließung ist nur bei Lebzeiten beider Ehegatten zulässig.

4. **Gemeinschaftlicher Abkömmling** § 1482 A 2. Die Ausschließung kann sich auch auf die ganze gegenwärtige und zukünftige Nachkommenschaft eines Abkömmlinges erstrecken.

5. Letztwillige Verfügung §§ 1937, 1941, 2299. Eröffnung §§ 2259—2264, 2273, 2300; OLG 1, 379.

6. Der Beweggrund der **Ausschließung** ist für deren Wirksamkeit gleichgültig. Die Ausschließung **bewirkt,** daß der Ausgeschlossene so, als wäre er vor dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft gestorben, behandelt wird (M 4, 442). Sein Wegfall kommt nach Maßgabe des § 1490 Satz 2, 3 den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen zugute. Der ausschließende Ehegatte ist nicht berechtigt, den Anteil des Ausgeschlossenen einem andern Abkömmlinge zuzuwenden, §§ 1514, 1518. Die Ausschließung kann auch die Folge anderer Anordnungen sein, z. B. wenn der überlebende Ehegatte als Vorerbe und der einzige Abkömmling als Nacherbe eingesetzt wird (OLG 7, 59, 62). Vgl. § 1508 A 3.

7. Das **Erbrecht des Abkömmlinges** in Ansehung des Vorbehalts- und Sonderguts des Erblassers wird von der Ausschließung nicht berührt (Prot 5, 139). Dieses Gut bleibt folgerichtig auch bei der Berechnung des Pflichtteils aus § 1511 Abs 2 außer Betracht.

8. Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft § 1483 A 5. Eheliches Gesamtgut § 1485 A 1. Maßgebend ist der Bestand zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Das Verlangen kann sich nur auf Zahlung eines Geldbetrags, nicht auf Überweisung eines Bruchteils des Gesamtguts oder einzelnen Gesamtgutsgegenstandes richten. Abweichende Anordnungen sind den Ehegatten versagt, § 1518. Das Zahlungsverlangen ist an keine Frist gebunden.

9. Der § 1511 Abs 2 setzt hiernach voraus, daß es zum Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft gekommen ist. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft kann aber dann nicht eintreten, wenn alle anteilsberechtigten Abkömmlinge ausgeschlossen sind. Von einer **Fortsetzung der Gütergemeinschaft kann nur die Rede sein, wenn neben dem überlebenden**

Ehegatten wenigstens ein anteilsberechtigter Abkömmling vorhanden ist. Kann fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eintreten, so ist auch für die Anwendung des § 1511 Abs 2 kein Raum Es tritt Beerbung nach den allgemeinen Vorschriften wie im Falle des § 1482 ein und Frage der Auslegung ist es, ob die Ausschließung die Bedeutung der Einsetzung auf den Pflichtteil hat (OLG 6, 165; 7, 62, dagegen 7, 59).

10. Pflichtteilsvorschriften §§ 2303 ff. Nach § **2303 Abs 1 Satz 2** besteht der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des Anteils am Gesamtgute. Bei der Feststellung des Pflichtteils nach § **2310** werden diejenigen Abkömmlinge, die von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen sind (§ 1511) und diejenigen, die gemäß § 1517 auf ihren Anteil verzichtet haben, mitgezählt, nicht aber diejenigen Abkömmlinge, die gemäß § 1491 auf ihren Anteil verzichtet haben. Letzterer Verzicht steht der Ausschlagung einer Erbschaft nicht gleich (Planck A 7 d). Die im § **2314** festgestellten Verpflichtungen zur Auskunftserteilung und Vorlegung eines Verzeichnisses treffen den Ehegatten, nicht die Abkömmlinge. Nach § **2317** entsteht der Anspruch auf den Pflichtteil mit dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Nach § **2354** ist der Pflichtteilsanspruch des ausgeschlossenen Abkömmlinges bei Erbunwürdigkeit desselben anfechtbar. Wegen der **Pfändung** des Pflichtteilsanspruchs vgl. § 852 Abs 1 ZPO.

11. Soll heißen § 1501.

§ 1512

[1])Jeder Ehegatte[2]) kann für den Fall, daß mit seinem Tode die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt[3]), den einem anteilsberechtigten Abkömmlinge[4]) nach der Beendigung[5]) der fortgesetzten Gütergemeinschaft gebührenden Anteil an dem Gesamtgute durch letztwillige Verfügung[6]) bis auf die Hälfte herabsetzen[7]).

E I 1389 Abs 1 II 1385 Satz 1 M 4, 443 P 4, 310.

1. Die §§ 1512—1514 beschäftigen sich mit der Befugnis der Ehegatten, die Rechte der an der fortgesetzten Gütergemeinschaft teilnehmenden Abkömmlinge zu kürzen. Die Ehegatten dürfen den Anteil des Abkömmlinges nach § 1512 **bis auf die Hälfte herabsetzen**, nach § 1513 ganz entziehen oder einer Beschränkung unterwerfen und nach § 1514 das Entzogene einem Dritten zuwenden.

2. Zustimmung des andern Ehegatten erforderlich, § 1516.

3. Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft § 1483 A 4. Stirbt der andere Ehegatte zuerst oder tritt fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht ein, so ist die Verfügung gegenstandslos.

4. Anteilsberechtigter Abkömmling § 1483 A 3.

5. Gründe der Beendigung § 1497 A 1.

6. Letztwillige Verfügung §§ 1937, 1941, 2299. Eröffnung §§ 2259—2264, 2273, 2300.

7. Der Beweggrund der **Herabsetzung** ist für deren Wirksamkeit gleichgültig. Die Herabsetzung **bewirkt**, daß der entzogene Teil mangels anderweiter Bestimmung der Ehegatten (§§ 1514, 1516) nach Maßgabe des § 1490 Satz 2, 3 den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen, bezw. dem überlebenden Ehegatten zugute kommt. Stirbt oder verzichtet der Abkömmling, dessen Anteil herabgesetzt ist, während der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1490, 1491), so müssen sich auch die an seine Stelle tretenden Abkömmlinge, bezw. der überlebende Ehegatte die Herabsetzung gefallen lassen (a. M. Planck). Die Herabsetzung bewirkt ferner, daß der betroffene Abkömmling nur nach Verhältnis des ihm belassenen Betrags an den Anwachsungen (§§ 1490, 1491) teilnimmt. Selbstverständlich hat er auch nur nach demselben Verhältnisse die Lasten und Verbindlichkeiten des Gesamtguts zu tragen. Soweit die Herabsetzung die zulässige Hälfte überschreitet, ist sie ungültig.

§ 1513

[1])Jeder Ehegatte[2]) kann für den Fall, daß mit seinem Tode die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt[3]), einem anteilsberechtigten Abkömmlinge[4]) den diesem nach der Beendigung[5]) der fortgesetzten Gütergemeinschaft gebührenden Anteil an dem Gesamtgute durch letztwillige Verfügung[6]) entziehen[7]), wenn er berechtigt[8]) ist, dem Abkömmlinge den Pflichtteil zu entziehen. Die Vorschriften des § 2336 Abs. 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung[9]).

Der Ehegatte kann, wenn er nach § 2338 berechtigt ist, das Pflichtteilsrecht des Abkömmlinges zu beschränken, den Anteil des Abkömmlinges am Gesamtgut einer entsprechenden Beschränkung unterwerfen[10]).

E I 1389 Abs 2 II 1386 M 4, 444 P 4, 310 ff.

1. Allgemeines § 1512 A 1.

2. Zustimmung des andern Ehegatten erforderlich, § 1516.

3. **Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft** § 1483 A 4. Stirbt der andere Ehegatte zuerst oder tritt fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht ein, so ist die Verfügung gegenstandslos.

4. **Anteilsberechtigter Abkömmling** § 1483 A 3.

5. **Gründe der Beendigung** § 1497 A 1.

6. Letztwillige Verfügung §§ 1937, 1941, 2299. Eröffnung §§ 2259—2264, 2273, 2300.

7. Die **Entziehung des Anteils bewirkt**, daß der entzogene Anteil mangels anderweiter Bestimmung der Ehegatten (§§ 1514, 1516) nach Maßgabe des § 1490 Satz 2, 3 den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen, bezw. dem überlebenden Ehegatten zugute kommt. Stirbt der Abkömmling, dem der Anteil entzogen ist, während der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1490), so müssen sich auch die an seine Stelle tretenden Abkömmlinge, bezw. der überlebende Ehegatte die Entziehung gefallen lassen (a. M. Planck). Der von der Entziehung betroffene Abkömmling nimmt weder an den Anwachsungen (§§ 1490, 1491), noch an den Lasten und Verbindlichkeiten des Gesamtguts teil.

8. Die **Berechtigung zur Entziehung des Pflichtteils** ergibt sich aus § 2333. Infolge Verzeihung entfällt die Berechtigung und wird die erfolgte Entziehung unwirksam, § 2337.

9. Im § 2336 Abs 4 tritt an die Stelle des Erbfalls die Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Vgl. auch § 1505 Satz 2.

10. Durch eine solche **Beschränkung des Anteils in wohlmeinender Absicht** wird das Teilnahmerecht des Abkömmlings während der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht berührt. Erst mit der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft tritt die Beschränkung in Wirksamkeit. Im § 2338 Abs 2 Satz 2 tritt an die Stelle des Erbfalls die Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Wegen Zulässigkeit der Pfändung der Nutzungen vgl. § 863 Abs 3 ZPO.

§ 1514

Jeder Ehegatte[1]) kann den Betrag[2]), den er nach § 1512 oder nach § 1513 Abs. 1 einem Abkömmling entzieht, auch einem Dritten[3]) durch letztwillige Verfügung[4]) zuwenden[5]).

E II 1387 M 4, 444 P 4, 312, 323 ff.

1. Zustimmung des andern Ehegatten erforderlich, § 1516.

2. Der dem Abkömmling entzogene **Betrag** ist der dem Werte des Entzogenen entsprechende Geldbetrag. Der Anteil selbst kann dem Dritten auf Grund des § 1514 weder ganz noch teilweise zugewendet werden, ebensowenig ein bestimmter Gesamtgutsgegenstand. Vgl. auch § 1511 A 6, § 1512 A 7 und § 1513 A 7 (Anwachsung).

3. Der **Dritte** kann auch ein anderer gemeinschaftlicher oder einseitiger Abkömmling oder der überlebende Ehegatte sein.

4. **Letztwillige Verfügung** §§ 1937, 1941, 2299. Eröffnung §§ 2259—2264, 2273, 2300.

5. Die **Zuwendung bewirkt**, daß für den Dritten ein Anspruch auf Geldzahlung begründet wird, der nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft geltend gemacht werden kann. Auf die Zuwendung dürften die Vorschriften über die Vermächtnisse sinnentsprechend Anwendung finden (Planck A 3).

§ 1515

Jeder Ehegatte[1]) kann für den Fall, daß mit seinem Tode die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt[2]), durch letztwillige Verfügung[3]) anordnen, daß ein anteilsberechtigter Abkömmling[4]) das Recht haben soll, bei der Teilung[5]) das Gesamtgut oder einzelne dazu gehörende Gegenstände[6]) gegen Ersatz des Wertes[7]) zu übernehmen[8]).

Gehört zu dem Gesamtgut ein Landgut[9]), so kann angeordnet werden, daß das Landgut mit dem Ertragswert[9]) oder mit einem Preise, der den Ertragswert mindestens[10]) erreicht, angesetzt werden soll. Die für die Erbfolge geltenden Vorschriften des § 2049 finden Anwendung.

Das Recht, das Landgut zu dem im Abs. 2 bezeichneten Werte oder Preise zu übernehmen, kann auch dem überlebenden Ehegatten eingeräumt werden[11]).

E I 1389 Abs 1 II 1385 Satz 2 M 4, 443 P 4, 310; 6, 393.

1. Zustimmung des andern Ehegatten erforderlich, § 1516.

2. **Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft** § 1483 A 4. Stirbt der andere Ehegatte zuerst oder tritt fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht ein, so ist die Verfügung gegenstandslos.

3. **Letztwillige Verfügung** §§ 1937, 1941, 2299. Eröffnung §§ 2259—2264, 2273, 2300.

4. **Anteilsberechtigter Abkömmling** § 1483 A 3. Anteilsberechtigt ist auch der Abkömmling, dessen Anteil gemäß § 1512 auf die Hälfte herabgesetzt ist. Stirbt der Übernahmeberechtigte nach der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, so treten seine Erben an seine Stelle.

5. **Teilung** §§ 1477, 1498 und Erl.

6. Ohne Rücksicht darauf, von welchem der Ehegatten der Gegenstand herrührt.

7. Der gemeine **Wert** zur Zeit der Übernahme ist maßgebend.

8. Das **Übernahmerecht** aus § 1515 geht dem Übernahmerechte des überlebenden Ehegatten aus § 1502 vor und ist vererblich. Wird der Übernahmegegenstand einem Dritten geschuldet oder ist seine Versilberung behufs Berichtigung von Gesamtgutsverbindlichkeiten erforderlich, so muß das Übernahmerecht zurückstehen. Vgl. § 1477 A 4, § 1502 A 3.

9. Begriff des **Landguts** § 98, § 2049 und Erl.; **Ertragswert** § 2049 Abs 2. Vgl. auch Art 137 EG.

10. Wie das Wörtchen **„mindestens"** ergibt, kann auch ein den Ertragswert übersteigender Preis angesetzt werden.

11. Ist die fortgesetzte Gütergemeinschaft gemäß § 1495 durch Urteil aufgehoben, so entfällt das dem überlebenden Ehegatten im § 1502 eingeräumte Übernahmerecht. Neben diesem gesetzlichen Übernahmerechte will der § 1515 Abs 3 nicht ein neues auf letztwilliger Verfügung beruhendes Übernahmerecht schaffen — was überflüssig wäre —, sondern nur den Wert, bezw. Preis, zu dem das gesetzliche Übernahmerecht ausgeübt werden kann festsetzen. Demzufolge dürfte § 1502 Abs 2 auf den Fall des § 1515 Abs 3 anwendbar sein. Ebenso Staudinger; a. M. Planck u. a.

§ 1516

[1])Zur Wirksamkeit der in den §§ 1511 bis 1515 bezeichneten Verfügungen eines Ehegatten ist die Zustimmung[2]) des anderen Ehegatten erforderlich.

Die Zustimmung kann nicht durch einen Vertreter erteilt werden[3]). Ist der Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich. Die Zustimmungserklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[4]). Die Zustimmung ist unwiderruflich[2]).

Die Ehegatten können die in den §§ 1511 bis 1515 bezeichneten Verfügungen auch in einem gemeinschaftlichen Testamente[5]) treffen.

E I 1390 II 1388 M 4, 445 P 4, 313; 5, 442; 6, 287, 394.

1. **Grund der Vorschrift.** Sowohl dem Wesen der Gütergemeinschaft, als auch dem mutmaßlichen Willen beider Ehegatten entspricht es, daß kein Ehegatte ohne die Zustimmung des andern Ehegatten die gesetzlichen Rechte der gemeinschaftlichen Abkömmlinge schmälern oder entziehen und auf diese Weise den einen Abkömmling vor dem andern begünstigen darf. Die Zustimmung ist ohne Rücksicht darauf, ob die Verfügung dem überlebenden Ehegatten zum Nachteile gereicht oder nicht, erforderlich.

2. Die **Zustimmung** des andern Ehegatten ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (§ 130), dem verfügenden Ehegatten gegenüber abzugeben, kann vor oder nach Errichtung der letztwilligen Verfügung, jedoch nicht mehr nach dem Tode des verfügenden Ehegatten abgegeben werden und ist in jedem Falle unwiderruflich. Zum Widerruf der letztwilligen Verfügung bedarf der verfügende Ehegatte nicht der Zustimmung des andern Ehegatten. Letzterer kann trotz erteilter Zustimmung gemäß § 1484 die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ablehnen und dadurch die Verfügung unwirksam machen.

3. Hieraus folgt die **höchstpersönliche** Natur der Zustimmung. Vertretung in der Erklärung der Zustimmung ist dadurch nicht ausgeschlossen. Geschäftsunfähigkeit des Ehegatten macht die Zustimmung unmöglich.

4. **Gerichtliche oder notarielle Beurkundung** Art 141 EG, §§ 167 ff. FGG. Diese Form ist notwendig, gleichviel in welcher Form die letztwillige Verfügung errichtet ist.

5. **Gemeinschaftliches Testament** §§ 2265 ff. Die Ehegatten können die bezeichneten Verfügungen auch in einem Erbvertrage treffen, da dessen Form (§ 2276) den Erfordernissen des § 1516 genügt. Abweichend § 1509 A 2.

§ 1517

[1])Zur Wirksamkeit eines Vertrags, durch den ein gemeinschaftlicher Abkömmling[2]) einem der Ehegatten gegenüber für den Fall, daß die Ehe durch dessen[3]) Tod aufgelöst wird, auf seinen Anteil am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft verzichtet oder durch den ein solcher Verzicht aufgehoben[4]) wird, ist die Zustimmung des andern Ehegatten erforderlich. Für die Zustimmung gelten die Vorschriften des § 1516 Abs. 2 Satz 3, 4[5]).

Die für den Erbverzicht geltenden Vorschriften[6]) finden entsprechende Anwendung.

E I 1393 II 1391 M 4, 448 P 4, 314; 5, 443; 6, 394, 398.

1. § 1517 behandelt den während der Gütergemeinschaft im voraus, § 1491 den nach Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft erklärten **Verzicht eines Abkömmlinges auf seinen Anteil.** Vgl. § 1491 A 1. Im Falle des § 1517 kann der Verzicht nur durch Vertrag erfolgen. Der Verzichtsvertrag wird von dem Abkömmlinge mit einem der beiden Ehegatten oder mit beiden Ehegatten abgeschlossen.

2. **Gemeinschaftlicher Abkömmling** § 1482 A 2.

3. Wird die Ehe durch den Tod des andern Ehegatten aufgelöst, so wird der Verzichtsvertrag, wenn er nicht auch mit dem andern Ehegatten geschlossen war, gegenstandslos. Das § 1511 A 3 Gesagte gilt auch hier.

4. Der **Verzicht** kann nur durch Vertrag mit dem Ehegatten, mit dem der Verzichtsvertrag geschlossen war, aufgehoben werden.

5. Die **Zustimmung des andern Ehegatten** ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (§ 130), dem Ehegatten oder dem Abkömmlinge gegenüber abzugeben (§ 182 Abs 1), kann vor oder nach Errichtung des Vertrags, jedoch nicht mehr nach dem Tode des vertragschließenden Ehegatten abgegeben werden und ist in jedem Falle unwiderruflich. Die Zustimmungserklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. § 1516 Abs 2 Satz 1, 2 ist von der Anwendbarkeit ausgeschlossen. Daher kann die Zustimmung auch durch einen Vertreter erteilt werden und der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte bedarf der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Schließt der Abkömmling den Verzichtsvertrag mit beiden Ehegatten ab, so erscheint eine besondere Zustimmungserklärung überflüssig.

6. **Erbverzichtsvorschriften** §§ 2346 ff. Nach § 2346 Abs 1 Satz 2 ist der verzichtende Abkömmling von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht mehr lebte. Ein Pflichtteilsanspruch steht ihm nicht zu, ebensowenig der dem ausgeschlossenen Abkömmling in § 1511 Abs 2 eingeräumte Anspruch. Unberührt bleibt sein Erbrecht in Ansehung des Vorbehalts- und Sonderguts des verstorbenen Ehegatten. Nach § 2349 erstreckt sich die Wirkung des Verzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden. Hierin liegt eine Abweichung vom § 1490 S 2. Nach § 2350 Abs 1 kann zugunsten eines andern verzichtet werden. Der andere kann im Falle des § 1217 immer nur ein anteilsberechtigter Abkömmling oder der überlebende Ehegatte sein. Fremde Personen dürfen an der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht teilnehmen, § 1490 A 1. Vgl. ferner § 1497 A 1 (Folgen des Verzichts aller Abkömmlinge).

§ 1518

[1])Anordnungen, die mit den Vorschriften der §§ 1483 bis 1517 in Widerspruch stehen, können von den Ehegatten weder durch letztwillige Verfügung[2]), noch durch Vertrag[3]) getroffen werden[4]).

E I 1383 Abs 2 Satz 2 II 1413 M 4, 424 P 4, 303.

1. **Zweck der Vorschrift.** Der § 1518 bezweckt, für den Fall des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft die anteilsberechtigten Abkömmlinge vor Anordnungen der Ehegatten zu schützen, die geeignet sind, die den Abkömmlingen als Ersatz für ihr Erb- und Pflichtteilsrecht zustehenden Anteile am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu beeinträchtigen. Insbesondere soll den Ehegatten die Möglichkeit entzogen sein, zum Nachteile der anteilsberechtigten Abkömmlinge dritte Personen zu bedenken (M 4, 424). Allerdings bieten

die in den §§ 1511—1515 zugelassenen Anordnungen eine Handhabe, den Abkömmling mittelbar zu nötigen, sich auch nicht zugelassene Anordnungen, z. B. die Bestellung eines Nießbrauchs für den überlebenden Ehegatten, gefallen zu lassen (ebenso Planck, Staudinger).

2. **Letztwillige Verfügung** §§ 1937, 1941, 2299. Der Mann kann die Gütergemeinschaft für die Zeit nach seinem Tode nicht dadurch beseitigen, daß er die Frau zur alleinigen Erbin seines ganzen Nachlasses einsetzt (RG Warn 08 Nr 163).

3. Ehevertrag oder Erbvertrag.

4. Anordnungen, die mit den §§ 1483—1517 im Widerspruche stehen, sind nichtig. Die **Nichtigkeit** können sowohl die Abkömmlinge als auch der überlebende Ehegatte geltend machen (OLG 6, 162). Unberührt bleibt die Befugnis des überlebenden Ehegatten, über seinen Anteil am Gesamtgute, sein Vorbehalts- und Sondergut letztwillig zu verfügen.

3. Errungenschaftsgemeinschaft

§ 1519

[1])Was der Mann oder die Frau während der Errungenschaftsgemeinschaft erwirbt, wird gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten (Gesamtgut)[2]).

Auf das Gesamtgut finden die für die allgemeine Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften des § 1438 Abs. 2, 3 und der §§ 1442 bis 1453, 1455 bis 1457 Anwendung[3]).

E I 1411 Abs 1, 1417 II 1414 M 4, 151 ff., 492 ff., 505 ff. P 4, 349 ff.; 6, 289.

1. Bei der **Errungenschaftsgemeinschaft** behält jeder Ehegatte sein Vermögen. Gemeinsam wird nur, was während der Errungenschaftsgemeinschaft das beiderseits eingebrachte Gut an Nutzungen abwirft und beide Ehegatten durch Arbeit erringen (Gesamtgut). Die Errungenschaftsgemeinschaft stellt sich gewissermaßen nur als eine Umgestaltung des Güterstandes der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung dar (M 4, 491, 499, 511, 513, 534). Die ehelichen Lasten, sowie die für den Erwerb der Gemeinschaftsmasse erforderlichen Ausgaben werden gemeinsam getragen. Der § 1519 Abs 1 bringt zum Ausdrucke, daß der in die Gemeinschaft fallende Erwerb schon während des Bestehens der Errungenschaftsgemeinschaft einen besonderen Vermögensinbegriff bildet (reine Errungenschaftsgemeinschaft). Abgelehnt hat das BGB die sog. Gemeinschaft des Zugewinnstes, nach der erst bei Auflösung der Gemeinschaft durch Abrechnung ermittelt wird, ob nach Ersatz des eingebrachten Vermögens und nach Berichtigung der die Gemeinschaft belastenden Verbindlichkeiten ein (unter die Ehegatten gleichmäßig zu verteilender) Überschuß vorhanden ist. Errungenschaftsgemeinschaft kann nur durch Ehevertrag (§§ 1432—1436) eingeführt oder aufgehoben werden. Für diesen Ehevertrag gelten Beschränkungen, wie sie § 1437 für die allgemeine Gütergemeinschaft vorsieht, nicht. Bei der Errungenschaftsgemeinschaft sind zu unterscheiden: Gesamtgut (§ 1519), eingebrachtes Gut des Mannes (§§ 1520—1525), eingebrachtes Gut der Frau (§§ 1520—1525) und Vorbehaltsgut der Frau (§ 1526 Abs 1, 3). Vorbehaltsgut des Mannes gibt es nicht (§ 1526 Abs 2).

2. **Gesamtgut** der Errungenschaftsgemeinschaft ist alles, was die Ehegatten — sei es der Mann allein, sei es die Frau allein, sei es beide Ehegatten gemeinsam — während der Errungenschaftsgemeinschaft erwerben, ausgenommen dasjenige, was nach den §§ 1520 bis 1524 als eingebrachtes Gut der Ehegatten und nach § 1526 als Vorbehaltsgut der Frau anzusehen ist. Hiernach gehören zum Gesamtgute die Nutzungen des eingebrachten Gutes der Ehegatten (§ 1525) und die Erträge ihrer (körperlichen oder geistigen) Tätigkeit. Das Gesamtgut der Errungenschaftsgemeinschaft besitzt dieselbe rechtliche Natur wie das Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft (Gemeinschaft zur gesamten Hand).

3. Nach **§ 1438 Abs 2** tritt die Gesamtgutseigenschaft kraft Gesetzes ein. **§ 1442** regelt einige aus der Errungenschaftsgemeinschaft als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (A 2) sich ergebende Folgen (Ausschluß der Verfügung über Anteile, Ausschluß des Teilungsverlangens, Beschränkung der Aufrechnung). Nach **§ 1443** steht dem Manne die Verwaltung des Gesamtguts zu, jedoch bedarf er in den Fällen der **§§ 1444—1446** der Einwilligung der Frau, die nach **§ 1447** durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann. Die **§§ 1449 bis 1452** regeln die Rechte der Frau in Ansehung des Gesamtguts. **§ 1455** betrifft die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung des Gesamtguts. **§ 1456** stellt, abgesehen von zwei Ausnahmen (geflissentliche Benachteiligung der Frau oder mangelnde Zustimmung), den Grundsatz der rechtlichen Unverantwortlichkeit des Mannes gegenüber der Frau auf und **§ 1457** trifft Bestimmung für den Fall, daß der Mann unter Vormundschaft steht. Die Erl. zu den angezogenen Paragraphen werden in bezug genommen.

§ 1520

Eingebrachtes Gut[1]) eines Ehegatten ist, was ihm bei dem Eintritte[2]) der Errungenschaftsgemeinschaft gehört[3]).

E I 1412 II 1415 M 4, 495 P 4, 349.

1. Die §§ 1520—1524 bestimmen, was als **eingebrachtes Gut** eines Ehegatten anzusehen ist. In den bezeichneten Fällen entsteht eingebrachtes Gut kraft Gesetzes. Eingebrachtes Gut beider Ehegatten bildet — abgesehen von dem Vorbehaltsgute der Frau (§ 1526) — gewissermaßen einen Gegensatz zum Gesamtgute (§ 1519), jedoch unterliegt das eingebrachte Gut wie das Gesamtgut der Verwaltung des Mannes und die Nutzungen des eingebrachten Gutes beider Ehegatten gehören zum Gesamtgute (§ 1525). Der 1. Entwurf bezeichnete das eingebrachte Gut im Falle der Errungenschaftsgemeinschaft als Sondergut. Die 2. Kommission ersetzte diesen Ausdruck durch die Bezeichnung „eingebrachtes Gut" entsprechend dem Vorgange, daß auch bei dem gesetzlichen Güterstande das der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterliegende Vermögen als „eingebrachtes Gut" bezeichnet worden war (Prot 4, 349). Irgend eine Vermutung für die Eigenschaft als Eingebrachtes besteht nicht (RGSt 40, 175).

2. **Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft.** Die vor der Ehe vereinbarte Errungenschaftsgemeinschaft kann naturgemäß nicht früher als mit der Eheschließung eintreten. Die während der Ehe vereinbarte Errungenschaftsgemeinschaft tritt mit dem Abschlusse des Ehevertrags ein. In beiden Fällen kann durch Vertrag ein späterer Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft vereinbart werden.

3. Alle **dem Ehegatten gehörenden Gegenstände** (Sachen und Rechte) fallen ausnahmslos unter § 1520. Auch bares Geld und andere verbrauchbare Sachen sind nicht ausgenommen, doch gilt hinsichtlich ihrer die Vermutung aus § 1540 (Verwendung in das Gesamtgut). Vgl. auch §§ 1525 Abs 2, 1377, 1527. Unter § 1520 fällt auch ein bedingter oder anfechtbarer Erwerb, wenn letzterer während der Errungenschaftsgemeinschaft unbedingt oder unanfechtbar wird, desgleichen der Erwerb auf Grund einer vor Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft begonnenen, aber erst während derselben vollendeten Ersitzung. Was beiden Ehegatten schon vor Beginn der Errungenschaftsgemeinschaft gemeinschaftlich gehörte, wird gemeinschaftliches eingebrachtes Gut, nicht Gesamtgut (M 4, 496).

4. Durch **Ehevertrag** können Gegenstände, die an sich zum eingebrachten Gute gehören würden, dem Gesamtgute zugewiesen werden. Solche Gegenstände gehen nicht kraft Gesetzes in das Gesamtgut über (§§ 1519 Abs 2, 1438 Abs 2), sondern nach Maßgabe der allgemeinen für den Übergang des betreffenden Rechtes geltenden Bestimmungen (M 4, 496). Vgl. auch OLG 7, 55 (bei Grundstücken Auflassung erforderlich).

§ 1521

Eingebrachtes Gut[1]) eines Ehegatten ist, was er von Todes wegen[2]) oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht[3]), durch Schenkung[4]) oder als Ausstattung[5]) erwirbt. Ausgenommen ist ein Erwerb, der den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen ist[6])[7]).

E I 1412 II 1418 M 4, 496 P 4, 349, 365.

1. Eingebrachtes Gut § 1520 A 1.

2. Unter **Erwerb von Todes wegen** versteht § 1369 das, was während des Bestehens des gesetzlichen Güterstandes durch Erbfolge, durch Vermächtnis oder als Pflichtteil erworben wird. So auch M 4, 496. In diesem Sinne spricht auch § 1521 von einem Erwerbe von Todes wegen. Erwerb durch Erbfolge umfaßt den Erwerb auf Grund gesetzlicher Erbfolge, testamentarischer Erbfolge und testamentarischer Zuwendung von Vermächtnissen, sowie auf Grund Erbvertrags (§§ 1922—1940). Hiernach ist der Erwerb durch Vermächtnis (§§ 1939, 2147 ff.) schon in dem Erwerbe durch Erbfolge mitbegriffen. Bedarf es nach dem Anfalle der Erbschaft an die Frau (§ 1942) noch einer Auseinandersetzung mit Miterben, so ist dazu nach §§ 1525 Abs 2, 1359 die Zustimmung des Mannes nötig (OLG 8, 332). Der Erblasser kann — unbeschadet des Pflichtteilsrechts — bestimmen, daß das Erworbene Gesamtgut werden solle. Eine solche Bestimmung hat nicht zur Folge, daß das Erworbene ohne weiteres Gesamtgut wird, sondern dazu bedarf es eines Ehevertrags und der Befolgung der allgemeinen für den Übergang des fraglichen Vermögens geltenden Bestimmungen. Was beiden Ehegatten gemeinschaftlich zugewendet wird, fällt nicht in das Gesamtgut, sondern wird gemeinschaftliches eingebrachtes Gut (M 4, 496).

3. Was einem Ehegatten während des Bestehens der Errungenschaftsgemeinschaft **mit Rücksicht auf sein künftiges Erbrecht** von einem Dritten zugewendet wird, ist als ein-

gebrachtes Gut zu behandeln, weil es sich hierbei um eine Vorwegnahme des Erbrechts, also inhaltlich um Erwerb durch Erbfolge handelt. Daran ändert sich nichts, wenn der bedachte Ehegatte oder beide Ehegatten gewisse Gegenleistungen (Leibzucht, Abfindung) übernehmen. Ob diese Verpflichtungen Gesamtgutsverbindlichkeiten sind und welchem der Ehegatten sie im Verhältnisse zueinander zur Last fallen, richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen (§§ 1530 ff., 1535 ff.).

4. Schenkungen. Was ein Dritter während des Bestehens der Errungenschaftsgemeinschaft einem Ehegatten schenkt, wird eingebrachtes Gut des Beschenkten. Was ein Dritter unter Lebenden einer Ehefrau unentgeltlich zuwendet, kann er zu ihrem Vorbehaltsgute bestimmen (§§ 1526, 1369). Was ein Dritter beiden Ehegatten gemeinschaftlich schenkt, wird nicht Gesamtgut, sondern gemeinschaftliches eingebrachtes Gut. Der Schenker kann das Geschenk aber auch für das Gesamtgut machen. Dann gilt das in A 1 über Bestimmung als Gesamtgut Gesagte. Hochzeitsgeschenke und belohnende Schenkungen unterliegen derselben Beurteilung wie Schenkungen überhaupt, desgleichen Geschenke, die ein Ehegatte dem andern macht. Zu einer Schenkung des Mannes an die Frau aus dem Gesamtgut ist ein Ehevertrag nicht notwendig (Planck A 1c; Staudinger A 1c). Was ein Ehegatte während des Bestehens der Errungenschaftsgemeinschaft von einem Dritten durch ein entgeltliches Rechtsgeschäft erwirbt, kann nicht durch die Bestimmung des Dritten eingebrachtes Gut werden. Die Bestimmung des Dritten ist unwirksam. Sonst wäre jedem Ehegatten die Möglichkeit gegeben, durch entsprechende Abmachungen den Ertrag seiner Arbeit dem Gesamtgute zu entziehen. Dadurch würde aber die ganze Einrichtung der Errungenschaftsgemeinschaft gefährdet (M 4, 498; vgl. § 1522 A 2).

5. Die **Ausstattung** (§ 1624) umfaßt hier auch die **Aussteuer** (§ 1620). Sind sie schon vor dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft gewährt oder versprochen worden, so werden sie nach § 1520 eingebrachtes Gut.

6. Die **Ausnahme** des § 1521 Satz 2 beruht auf einem Beschlusse der 2. Kommission (Prot 4, 366). Ihr liegt die Erwägung zugrunde, daß ein Erwerb, namentlich Schenkungen denkbar seien, die ihrer Natur und den Umständen des Falles entsprechend eine Vergrößerung des gemeinsamen Zehrgutes (Konsumptionsfonds), nicht des eingebrachten Gutes bildeten, z. B. Trinkgelder, die der Mann als Pförtner oder die Frau als Kellnerin empfangen, überhaupt Geschenke, die ein Ehegatte mit Beziehung auf seine Erwerbstätigkeit oder aus Anlaß derselben erhalte (A 4). Ähnlich verhält es sich mit Zuwendungen zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes, sei es, daß es sich um eine einmalige Leistung (z. B. Hergabe der Mittel zu einer Erholungsreise), sei es, daß es sich um wiederkehrende Zuschüsse (z. B. zu den laufenden Bedürfnissen des Haushalts) handelt. Sogenannte Nadelgelder, die ein Vater seiner Tochter gewährt, werden regelmäßig dem Gesamtgute zufließen. Bei der Frage, ob ein Erwerb zu den **Einkünften** zu rechnen sei, sind nicht nur die Absicht des Zuwendenden, sondern auch die persönlichen Verhältnisse des Empfängers, seine Erwerbstätigkeit und der Anlaß der Zuwendung zu berücksichtigen. Wirtschaftliche Gesichtspunkte sind in den Vordergrund zu stellen. In Betracht kommt **Erwerb** jeder der im § 152 Satz 1 bezeichneten Arten.

7. Durch **Ehevertrag** kann ein Erwerb der im § 1521 bezeichneten Art dem Gesamtgute zugewiesen werden. Für diesen Fall gilt das § 1520 A 4 Gesagte.

§ 1522

Eingebrachtes Gut[1]) eines Ehegatten sind Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können[2]), sowie Rechte, die mit seinem Tode erlöschen[3]) oder deren Erwerb durch den Tod eines der Ehegatten bedingt ist[4]).

E I 1415 II 1416 M 4, 503 P 4, 350.

1. Eingebrachtes Gut § 1520 A 1.

2. Wegen der Gegenstände (Rechte, Sachen) die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können, vgl. § 1439 A 2. Ob die Unübertragbarkeit aus der rechtlichen Beschaffenheit des Gegenstandes folgt oder auf Vereinbarung beruht, macht keinen Unterschied. Vgl. aber auch § 1521 A 4. Mit dem Verluste der Eigenschaft der Unübertragbarkeit werden solche Gegenstände Gesamtgut. Die Nutzungen unübertragbarer Gegenstände (z. B. die Gehaltssumme, die Unfall- oder Altersrente) fallen gemäß § 1525 in das Gesamtgut. Gehören unübertragbare Gegenstände dem Ehegatten schon beim Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft, so werden sie nach § 1520 eingebrachtes Gut und bleiben eingebrachtes Gut, auch wenn sie während der Errungenschaftsgemeinschaft die Eigenschaft der Unübertragbarkeit verlieren. Späterer Verlust der Unübertragbarkeit ist überhaupt immer gleichgültig, wenn der Gegen-

stand nicht nur nach § 1522, sondern auch nach einer andern Bestimmung eingebrachtes Gut ist. Unzulässig ist es, durch Ehevertrag unübertragbare Gegenstände dem Gesamtgute zuzuweisen.

3. Zu den **Rechten, die mit dem Tode des berechtigten Ehegatten erlöschen,** gehört z. B. eine Leibrente (§ 759 Abs 1). Derartige Rechte sind, weil von der Lebenszeit des Berechtigten abhängig, nicht geeignet, den Zwecken des Gesamtguts zu dienen, insbesondere die Kosten des ehelichen Aufwandes zu bestreiten und nach Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft zur Teilung gebracht zu werden. Die Rechte selbst gehören also zum eingebrachten Gute, dagegen fallen die durch sie gewonnenen Nutzungen nach § 1525 in das Gesamtgut. Der für das erworbene Recht gezahlte Preis fällt dem eingebrachten Gute des Berechtigten zur Last (§ 1535 Nr 1). Der Nießbrauch gehört wegen seiner Unübertragbarkeit (§ 1059 Satz 1) nach § 1522 zum eingebrachten Gute.

4. Zu den **Rechten, deren Erwerb durch den Tod eines der Ehegatten bedingt ist,** gehört namentlich das Recht aus einer Lebensversicherung. Auch Rechte dieser Art sind wie die in A 3 bezeichneten Rechte ungeeignet, den Zwecken des Gesamtguts zu dienen. Unter § 1522 fallen solche Rechte nicht nur, wenn derjenige Ehegatte, bei dessen Tode die Versicherungssumme ausgezahlt werden soll, der überlebende Teil ist, sondern auch, wenn die Errungenschaftsgemeinschaft durch den Tod des versicherten Ehegatten aufgelöst ist. Die Lebensversicherungsbeiträge fallen dem eingebrachten Gute desjenigen Ehegatten zur Last, der die Versicherung genommen hat. Unbenommen bleibt dem Versicherung nehmenden Ehegatten natürlich, durch entsprechende Abmachung bei Eingehung der Versicherung oder durch letztwillige Verfügung dem überlebenden Ehegatten die Versicherungssumme zugute kommen zu lassen. Auf eine sog. Erlebensversicherung kann § 1522 nicht ausgedehnt werden.

§ 1523

Eingebrachtes Gut[1]) eines Ehegatten ist, was durch Ehevertrag[2]) für eingebrachtes Gut erklärt ist[3]).

E I 1413 II 1417 M 4, 498 P 4, 349.

1. **Eingebrachtes Gut** § 1520 A 1. Der § 1523 ist eine Anwendung des im § 1432 ausgesprochenen Grundsatzes der Vertragsfreiheit.

2. **Ehevertrag.** Seine Form bestimmt sich nach § 1434, seine Wirkung gegen Dritte nach § 1435.

3. **Anfechtung.** Ein Ehevertrag, durch den Gesamtgutsgegenstände für eingebrachtes Gut der Frau erklärt werden, benachteiligt die Gläubiger des Mannes (§ 1525 Abs 2 mit § 1410) und unterliegt der Anfechtung nach Maßgabe des § 32 Nr 2 KO und § 3 Nr 3 des AnfG. Die Umwandlung in eingebrachtes Gut des Mannes benachteiligt weder die Gläubiger des Mannes noch die der Frau (Planck A 2).

§ 1524

[1])Eingebrachtes Gut[2]) eines Ehegatten ist, was er auf Grund eines zu seinem eingebrachten Gute gehörenden Rechtes[3]) oder als Ersatz[4]) für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum eingebrachten Gute gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das eingebrachte Gut bezieht[5]). Ausgenommen ist der Erwerb aus dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts[6]).

Die Zugehörigkeit einer durch Rechtsgeschäft erworbenen Forderung zum eingebrachten Gute hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis[7]) erlangt; die Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung[8]).

E I 1414 II 1419 M 4, 498 P 4, 350; 6, 326.

1. **Rechtliche Ersetzung** (Surrogation). Da die Errungenschaftsgemeinschaft nur eine Umgestaltung des gesetzlichen ehelichen Güterrechts ist (§ 1519 A 1), soll bei der Errungenschaftsgemeinschaft das eingebrachte Gut jedes Ehegatten, ebenso wie beim gesetzlichen ehelichen Güterrechte das Vorbehaltsgut der Frau (§ 1370 A 1), als Vermögensinbegriff, gleichviel welche rechtliche oder wirtschaftliche Form es im Laufe der Zeit annimmt, dem berechtigten Ehegatten erhalten bleiben. Dieser soll nicht auf bloße Ersatzansprüche an das Gesamtgut aus etwaiger Bereicherung angewiesen sein. Der § 1524 Abs 1 Satz 1 entspricht dem § 1370 und § 1440 und bringt den Grundsatz zur Anerkennung, daß das eingebrachte Gut gleichsam eigene Ersetzungskraft besitzt (sogenannter Surrogationsgrundsatz).

2. **Eingebrachtes Gut** § 1520 A 1. Der § 1524 begreift auch Gegenstände, die nur wegen ihrer Unübertragbarkeit eingebrachtes Gut sind (§ 1522). Anders § 1439 (Gütergemeinschaft) und § 1554 (Fahrnisgemeinschaft).

3. **Recht.** Vgl. § 1370 A 2. Der Anspruch auf einen Lotteriegewinn gehört zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute, je nachdem das Gewinnlos Bestandteil des ersteren oder des letzteren war. Zum eingebrachten Gute gehören ferner der Erwerb auf Grund einer vor Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft begonnenen, aber erst während derselben vollendeten Ersitzung (vgl. auch § 1520 A 3), ferner die Gegenstände, die als Erfüllung auf Grund eines schon vor Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft begründeten Anspruchs geleistet sind, sowie Ansprüche, die beim Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft streitig waren, aber während der Errungenschaftsgemeinschaft (durch Urteil, Vergleich oder Anerkenntnis) unstreitig wurden. Ein Erwerb, der sich auf ein Teilnahmerecht des Ehegatten an einer gemeinschaftlichen Sache oder an einem Nachlasse gründet, gehört zum eingebrachten Gute auch dann, wenn die Teilung erst nach dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft stattgefunden hat. Die Nutzungen des eingebrachten Gutes würden an sich ebenfalls unter § 1524 Abs 1 Satz 1 fallen, sind aber nach § 1525 dem Gesamtgute zugewiesen.

4. **Ersatz.** Vgl. § 1370 A 3. Dazu gehören Ansprüche aus der Enteignung (auf die Entschädigungssumme), aus der wegen Schulden eingeleiteten Zwangsversteigerung (auf den Reinerlös) und im Falle eines Brandes auf die Brandschadenssumme, wenn die betroffenen Gegenstände zum eingebrachten Gute gehören.

5. **Zusammenhang des eingebrachten Gutes mit dem Rechtsgeschäfte.** Vgl. § 1370 A 4.

6. Der Erwerb aus dem Betrieb eines zum eingebrachten Gute gehörenden **Erwerbsgeschäfts** wird Gesamtgut. Diese Regelung entspricht dem Wesen der Errungenschaftsgemeinschaft, wonach die Erträge der Arbeitstätigkeit beider Ehegatten (§ 1519 A 1) und die Nutzungen des eingebrachten Gutes derselben (§ 1525) zu dem Gesamtgute gehören. Betreibt die Frau das Erwerbsgeschäft, so kommt es für die Anwendung des § 1524 Abs 1 Satz 2 nicht darauf an, daß der Mann in den Betrieb gewilligt habe, ebensowenig darauf, daß die Frau das Geschäft selbständig betreibt (§ 1367 A 3). Wird durch den Betrieb des Erwerbsgeschäfts das Gesamtgut auf Kosten des eingebrachten Gutes bereichert, so kann nach Maßgabe des § 1539 Ersatz gefordert werden. Gehört das Erwerbsgeschäft zum Vorbehaltsgute des Ehegatten, so gilt für seinen Erwerb wieder die Regel des § 1524 Abs 1 Satz 1. Über den Begriff des Erwerbsgeschäfts vgl. § 1405 A 5.

7. Der **Kenntnis** steht das Kennenmüssen nicht gleich.

8. Da der Schuldner auf Grund des § 1519 Abs 1 den Erwerb für Gesamtgut halten könnte, soll er um seines guten Glaubens willen durch § 1524 Abs 2 geschützt werden. Vgl. § 1473 Abs 2 und A 3; Prot 6, 327.

§ 1525

Das eingebrachte Gut[1]) wird für Rechnung[2]) des Gesamtguts[3]) in der Weise verwaltet[4]), daß die Nutzungen, welche nach den für den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung geltenden Vorschriften[5]) dem Manne zufallen, zu dem Gesamtgute gehören.

Auf das eingebrachte Gut der Frau finden im übrigen die Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 bis 1417 entsprechende Anwendung[6]).

E I 1411 Abs 2, 1417 II 1420 M 4, 495, 510 ff. P 4, 349, 351.

1. **Eingebrachtes Gut.** Im Abs 1 ist, abweichend vom Abs 2, sowohl das eingebrachte Gut der Frau, wie das des Mannes gemeint. Im übrigen vgl. § 1520 A 1.

2. Daraus, daß das eingebrachte Gut **für Rechnung des Gesamtguts** verwaltet wird, folgt, daß Gewinn und Verlust das Gesamtgut treffen. Dieses hat daher die Lasten des eingebrachten Gutes beider Ehegatten zu tragen (§§ 1529, 1537 Abs 1). Dem Gesamtgute fallen aber auch die Nutzungen zu und zwar werden diese unmittelbar kraft Gesetzes Bestandteile des Gesamtguts. Einer Übertragungshandlung des Mannes bedarf es nicht (M 4, 512; Prot 4, 353).

3. **Gesamtgut** § 1519 A 2.

4. Die **Verwaltung des eingebrachten Gutes** steht dem Manne zu und muß ordnungsmäßig sein. Frei verfügen kann er über das von ihm selbst eingebrachte Gut mit Einschluß von Grundstücken. An die Einwilligung der Frau ist er aber gebunden, wenn er aus seinem Eingebrachten zu schenken verspricht (§ 1519 Abs 2, § 1446 Abs 1 Satz 2; M 4, 510). Das Recht der Frau beschränkt sich in Ansehung der Nutzungen des vom Manne eingebrachten Gutes darauf, zu verlangen, daß solche Nutzungen, wenn und soweit sie gewonnen werden, dem

Gesamtgute zufallen. Der Mann ist in dieser Beziehung nur nach Maßgabe des § 1456 Satz 2 verantwortlich (§ 1519 Abs 2).

5. Die Vorschrift des § 1383 ist maßgebend. Vgl. Erl. dazu.

6. Da sich die Errungenschaftsgemeinschaft gewissermaßen nur als eine Umgestaltung des gesetzlichen ehelichen Güterstandes darstellt (§ 1519 A 1), so gelten viele für letztere gegebene Vorschriften auch für erstere, insbesondere in Ansehung der Stellung des Mannes zum eingebrachten Gute der Frau. Die Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes der Frau übt der Mann zwar als ein eigenes (nicht zu seinem eingebrachten Gute gehöriges) Recht aus, aber für Rechnung des Gesamtguts (M 4, 511). Nach **§ 1373** ist der Mann berechtigt, die zum eingebrachten Gute der Frau gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen. Nach **§ 1374** hat er es ordnungsmäßig zu verwalten, ist der Frau gegenüber auskunftspflichtig und haftet für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten (§ 1359). In Ansehung der zu ziehenden Nutzungen ist er nur bei geflissentlicher Benachteiligung der Frau oder mangelnder Zustimmung (§ 1456 Satz 2) verantwortlich (§ 1519 Abs. 2) Nach **§ 1375** ist der Mann nicht befugt, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten oder über eingebrachtes Gut der Frau, ausgenommen in den Fällen der **§§ 1376—1378**, ohne ihre Zustimmung zu verfügen. Die Zustimmung der Frau kann nach **§ 1379** durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Ein zum eingebrachten Gute der Frau gehörendes Recht kann der Mann nach **§ 1380** im eigenen Namen gerichtlich geltend machen. Das Urteil wirkt auch für und gegen die Frau, wenn er befugt ist, über das Recht ohne Zustimmung der Frau zu verfügen. Für den Erwerb beweglicher Sachen durch den Mann mit Mitteln des eingebrachten Gutes der Frau und für die Anschaffung von Haushaltsgegenständen gelten **§§ 1381, 1382.** Nach **§ 1383** erwirbt der Mann die Nutzungen wie ein Nießbraucher. Sie gehören zum Gesamtgute (vgl. A 2). Die Lasten des eingebrachten Gutes beider Ehegatten (§§ 1384—1388) trägt nach § 1529 das Gesamtgut, ebenso den ehelichen Aufwand (§ 1389). Für Aufwendungen kann der Mann nach **§ 1390** Ersatz verlangen. Hierzu vgl. § 1539 (Bereicherung). Nach **§§ 1391—1393** kann die Frau Sicherungsmaßregeln verlangen. Ihre Ansprüche auf Grund der Verwaltung und Nutznießung kann sie gegen den Mann nach **§ 1394** regelmäßig erst nach deren Beendigung geltend machen. Wegen Ersatzes verbrauchbarer Sachen vgl. §§ 1377 Abs 3, 1411 Abs 2 (ausschließlich Geld) und § 1540 (einschließlich Geld). Die Rechte der Frau, über ihr eingebrachtes Gut zu verfügen, Rechtsgeschäfte vorzunehmen und Rechtsstreite zu führen, bestimmen sich nach **§§ 1395—1407**. Die Beschränkungen der Frau muß ein Dritter nach **§ 1404** auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau ist. Ihn schützt auch nicht der Umstand, daß die Errungenschaftsgemeinschaft nicht in das Grundbuch eingetragen ist (vgl § 1404 A 1). Die Schlüsselgewalt (§ 1357) bleibt der Frau vorbehalten. Das dem Manne am eingebrachten Gute der Frau zustehende Recht ist nach **§ 1408** nicht übertragbar. § 861 ZPO findet auf die Errungenschaftsgemeinschaft keine Anwendung. Die Nutzungen werden mit dem Erwerb unmittelbar kraft Gesetzes Gesamtgut (A 2) und dieses haftet nach § 1530 den Gläubigern. Pfändung des Rechtes des Mannes auf noch nicht erworbene Nutzungen ist unzulässig, auch entbehrlich (Prot 4, 353). Den bevormundeten Mann vertritt nach § 1409 der Vormund. Die **§§ 1410—1417** regeln die Schuldenhaftung. Nach **§ 1410** können sich die Gläubiger des Mannes nicht an das eingebrachte Gut der Frau halten. Es haftet aber nach **§ 1411** den Gläubigern der Frau, ausgenommen in Fällen der **§§ 1412 bis 1414**. Wegen der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau vgl. § 1411 A 2. Gezogene Nutzungen sind als Bestandteile des Gesamtguts (A 2) nur den Gesamtgutsgläubigern haftbar.

§ 1526

Vorbehaltsgut[1]) der Frau ist, was durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut erklärt ist oder von der Frau nach § 1369 oder § 1370 erworben wird[2]).

Vorbehaltsgut des Mannes ist ausgeschlossen[3]).

Für das Vorbehaltsgut der Frau gilt das Gleiche wie für das Vorbehaltsgut bei der allgemeinen Gütergemeinschaft[4]) [5]).

E I 1416, 1417 II 1421 M 4, 505 P 4, 351, 353.

1. Der **Begriff des Vorbehaltsguts** ist bei allen Güterständen der nämliche. Es wird von demjenigen Ehegatten, dem es gehört, selbständig verwaltet und genutzt. Die Nutzungen werden gleichfalls Vorbehaltsgut (vgl. § 1440 A 1). Über den Unterschied zwischen Vorbehaltsgut, eingebrachtem Gut und Gesamtgut vgl. § 1519 A 1, 2 und § 1520 A 1.

2. Der § 1526 Abs 1 begrenzt den **Umfang des Vorbehaltsguts der Frau** und stimmt wörtlich mit dem § 1440 Abs 2 (Vorbehaltsgut bei Gütergemeinschaft) überein. Wie bei der Gütergemeinschaft kann in den nicht mit aufgeführten Fällen der §§ 1366, 1367 Vorbehaltsgut nur durch Ehevertrag oder Bestimmung eines Dritten entstehen (§ 1440 A 2).

3. Neben dem Vorbehaltsgute der Frau ist **Vorbehaltsgut des Mannes** nur bei der Gütergemeinschaft zugelassen. Vgl. § 1440 A 1. Dagegen ist es bei der Errungenschaftsgemeinschaft den Ehegatten unbenommen, gewisse Einkünfte durch Vereinbarung dem Manne allein zuzuweisen (Prot 4, 351) und dadurch eine dem Vorbehaltsgut eigene Wirkung zu erreichen. Die Vereinbarung bedarf der Form des Ehevertrags.

4. Nach § 1526 Abs 3 kommen § 1441 und nach diesem die Bestimmungen über Gütertrennung (§§ 1427—1431) in Betracht. Hiernach bleibt die Frau so, als wäre sie unverheiratet, **Herrin ihres vorbehaltenen Vermögens.** Sie verwaltet es selbständig und zieht die Nutzungen für sich. — Verwendet der Mann Vorbehaltsgut der Frau in das Gesamtgut, so kann die Frau, wenn ihr dadurch ein Ersatzanspruch erwächst, diesen auch während der Errungenschaftsgemeinschaft geltend machen. Der Anspruch steht ihr alsdann gegenüber dem Gesamtgute zu und richtet sich nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen; soweit die Verwendung auf Vereinbarung beruht, sind daher für Inhalt, Umfang und Fälligkeit die ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen, bei Berücksichtigung der Auslegungsregel des § 1429 maßgebend. Dies folgt aus § 1526 Abs 3 in Verbindung mit § 1466, **RG**St 40, 177.

5. Die Eintragung der Vorbehaltseigenschaft in das **Grundbuch** ist ausgeschlossen (vgl. § 1441 A 3).

§ 1527

[1])Es wird vermutet[2]), daß das vorhandene Vermögen[3]) Gesamtgut sei.

E I 1421 Abs 1 II 1422 M 4, 516, 518 P 4, 354.

1. Der § 1527 stellt eine **gesetzliche Vermutung zugunsten des Gesamtguts** auf. Das Gleiche folgt bei der Gütergemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft schon aus ihrem durch § 1438 bezw. § 1549 gekennzeichneten Wesen. Bei der Errungenschaftsgemeinschaft bedurfte es einer besonderen Hervorhebung dieser Vermutung, weil bei diesem Güterstande seinem Wesen entsprechend das eingebrachte Gut neben dem Gesamtgut regelmäßig eine Sonderstellung einnimmt, während bei der Gütergemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft Sondergut nur ausnahmsweise vorkommt. Der § 1527 bezweckt hauptsächlich, der Ehefrau mit Rücksicht darauf, daß regelmäßig der Ehemann das Gesamtgut mit Ausschluß der Frau besitzen und verwalten wird, die für sie aus dem Gemeinschaftsverhältnisse entspringenden Rechte zu sichern. Eine wichtige Folge der Vermutung ist namentlich die, daß jede auf ein eingebrachtes Gut gemachte Verwendung bis zum Beweise des Gegenteils als aus dem Gesamtgute gemacht, gilt (M 4, 516; vgl. § 1539).

2. Die **Vermutung** gilt nicht nur im Verhältnisse der Ehegatten zueinander, sondern auch Dritten gegenüber. Sie kann durch Gegenbeweis widerlegt werden (§ 292 ZPO). Der Gegenbeweis kann auch anders als durch das im § 1528 vorgesehene Bestandsverzeichnis geführt werden. Die Vermutungen des § 1362 beim gesetzlichen Güterstande gelten nach § 1525 Abs 2 auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft in bezug auf das eingebrachte Gut der Frau, jedoch erst nach Widerlegung der Vermutung des § 1527. Hinsichtlich verbrauchbarer Sachen stellt § 1540 eine Vermutung auf.

3. Das **vorhandene Vermögen** umfaßt das gesamte beiderseitige Vermögen der Ehegatten, gleichviel, worin es besteht, in wessen Besitz es sich befindet und ob es vor oder nach Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft erworben ist. Freilich wird der Beweis eines Ehegatten, daß er ein bestimmtes Vermögensstück vor dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft erworben habe, zur Widerlegung der Vermutung meist genügen. — Nach § 1527 wird vermutet, daß das vorhandene Vermögen Gesamtgut sei. Daraus ergibt sich, daß Gesamtgut alles Vermögen ist, von dem sich nicht erweisen läßt, daß es nach den einschlagenden besonderen Bestimmungen des BGB eine andere güterrechtliche Eigenschaft hat, möge es Eingebrachtes eines der Ehegatten oder Vorbehaltsgut der Frau sein. Ob dies zutrifft, ist allein nach den §§ 1520—1524, bezw. § 1526 zu beurteilen, **RG**St 40, 185.

4. **Übergangsrecht.** Die Vermutung, daß das vorhandene Vermögen der Ehegatten Gesamtgut sei, gilt bei den vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Ehen, auf welche die Bestimmungen des BGB über die Errungenschaftsgemeinschaft seit jenem Tage Anwendung finden, nur betreffs des Erwerbes solcher Vermögensstücke, die einem der Ehegatten seit dem 1. Januar 1900 zugefallen sind. Die damals schon begründeten güterrechtlichen Verhältnisse hat § 1527 nicht geändert (**RG** 31. 5. 07 VII 339/06; Köln).

§ 1528

[1])Jeder Ehegatte kann verlangen[2]), daß der Bestand seines eigenen und des dem andern Ehegatten gehörenden eingebrachten Gutes[3]) durch Aufnahme eines Verzeichnisses unter Mitwirkung[4]) des andern Ehegatten

festgestellt[5]) wird. Auf die Aufnahme des Verzeichnisses finden die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften des § 1035 Anwendung[6]).

Jeder Ehegatte kann den Zustand der zum eingebrachten Gute[7]) gehörenden Sachen auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen.

E I 1422 II 1423 M 4, 513 P 4, 355.

1. **Zweck der Vorschrift.** Jedem Ehegatten soll die Möglichkeit an die Hand gegeben werden, sich im voraus durch Feststellung des Umfanges und Zustandes des jedem Ehegatten gehörenden eingebrachten Gutes eine womöglich unstreitige Grundlage für eine künftige Auseinandersetzung zu schaffen und sich gegen die Vermutung des § 1527 zu sichern. Dadurch wird die praktische Brauchbarkeit der Errungenschaftsgemeinschaft als eines vertragsmäßigen Güterstandes erhöht. Die Vorschrift des § 1528 entspricht der für das gesetzliche Güterrecht gegebenen Vorschrift des § 1372 und gilt nach § 1439 Satz 2 auch für das Sondergut der allgemeinen Gütergemeinschaft und nach § 1550 Abs 2 für das eingebrachte Gut jedes Ehegatten bei der Fahrnisgemeinschaft.

2. Nur auf **Verlangen** des Ehegatten ist der andere Ehegatte verpflichtet, bei der Feststellung des Bestandes durch Aufnahme eines Verzeichnisses mitzuwirken. Im Weigerungsfalle kann auf Verurteilung zur Mitwirkung geklagt werden.

3. **Eingebrachtes Gut** § 1520 A 1. In das Verzeichnis aufzunehmen ist auch der während des Bestehens der Errungenschaftsgemeinschaft gemachte, dem eingebrachten Gute zugefallene Erwerb.

4. Die **Mitwirkung** des anderen Ehegatten beschränkt sich, wenn das Verzeichnis bereits ohne seine Mitwirkung aufgenommen worden ist, auf seine Mitunterzeichnung, und diese kann nur verlangt werden, wenn das Verzeichnis Anspruch auf Richtigkeit und Vollständigkeit erheben kann. Das Recht des Ehegatten, Feststellungsklage auf Grund des § 256 ZPO zu erheben, bleibt unberührt.

5. Die Feststellung des Bestandes durch **Aufnahme eines Verzeichnisses** ist nicht das einzige Mittel, die Zugehörigkeit eines Vermögensstückes zum eingebrachten Gute zu beweisen. Andere Beweismittel sind nicht ausgeschlossen. Übrigens kommt dem vorschriftsmäßig aufgenommenen Verzeichnisse gegenüber Dritten eine besondere Beweiskraft nicht zu, vielmehr unterliegt die Beweiswürdigung allgemeinen Grundsätzen.

6. Zuständigkeit und Verfahren §§ 164, 15 FGG.

7. Die Befugnis zur **Feststellung des Zustandes** bezieht sich sowohl auf das eigene eingebrachte Gut als auch auf das eingebrachte Gut des andern Ehegatten. Die Feststellung des Zustandes (Abs 2) sollte nicht anders als die Aufnahme des Verzeichnisses (Abs 1) jedem Ehegatten hinsichtlich des eingebrachten Gutes jedes Ehegatten zustehen (Prot 4, 355).

§ 1529

[1])Der eheliche Aufwand[2]) fällt dem Gesamtgute zur Last[3]).

Das Gesamtgut trägt auch die Lasten des eingebrachten Gutes beider Ehegatten[4]); der Umfang der Lasten bestimmt sich nach den bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung für das eingebrachte Gut der Frau geltenden Vorschriften der §§ 1384 bis 1387[5]).

E I 1418, 1419 II 1424 M 4, 512 P 4, 354.

1. § 1529 gilt nur im Verhältnisse der Ehegatten zueinander. Die **Haftung des Gesamtguts** für die im § 1529 bezeichneten Lasten gegenüber den Gläubigern bestimmt sich nach den §§ 1530—1534.

2. Begriff des ehelichen Aufwandes § 1389 A 2.

3. Die Vorschrift des § 1529 Abs 1 entspricht dem § 1458 bei der allgemeinen Gütergemeinschaft und dem § 1549 bei der Fahrnisgemeinschaft. Anders bei dem gesetzlichen Güterstande (§ 1389 Abs 1). Eine Frau, die Vorbehaltsgut besitzt, hat zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes nach Maßgabe des § 1441 beizutragen (§ 1526 Abs 3).

4. Das eingebrachte Gut beider Ehegatten wird nach § 1525 Abs 1 für Rechnung des Gesamtguts verwaltet. Diesem Grundsatz entspricht es, daß Gewinn und Verlust das Gesamtgut treffen. Wie diesem die Nutzungen des eingebrachten Gutes beider Ehegatten zugute kommen, so trägt es auch dessen **Lasten** und zwar ohne Rücksicht darauf, ob und wie hohe Nutzungen gewonnen werden (vgl. § 1525 A 2). Außer diesen Lasten und dem ehelichen Aufwande trägt das Gesamtgut auch diejenigen Ausgaben, welche für den Erwerb, die Erhaltung und Verwaltung des Gesamtguts gemacht sind, insbesondere Ausgaben, die der Ehemann für die Zwecke eines von ihm betriebenen Erwerbsgeschäfts oder eines sonstigen auf Erwerb gerichteten Berufs gemacht hat. Für Lasten, die vor dem Eintritte der Er-

rungenschaftsgemeinschaft entstanden sind, kommt § 103 in Betracht. Diejenigen **Kosten**, die zum Zwecke der ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes aufgewendet werden, sind vom Gesamtgute nur dann zu tragen, wenn sie unter die in den §§ 1384—1387 bezeichneten Lasten fallen. Andernfalls treffen sie das eingebrachte Gut, um dessen Verwaltung es sich handelt.

5. **Umfang der Lasten.** Auf dem Gesamtgute lasten nach § **1384** außer den durch die Gewinnung der Nutzungen des beiderseits eingebrachten Gutes entstehenden Kosten die darauf verwendeten Erhaltungskosten, nach § **1385** gewisse auf dem beiderseits eingebrachten Gute ruhende, öffentliche und privatrechtliche Lasten, sowie Versicherungsbeiträge, nach § **1386** gewisse vom Manne oder der Frau geschuldete Zinsen und wiederkehrende Leistungen anderer Art und nach § **1387** unter gewissen Voraussetzungen die Kosten eines Rechtsstreits und die Kosten der Verteidigung im Strafverfahren. In einem Rechtsstreite zwischen Mann und Frau hat der Mann die Frau mit angemessenen **Kostenvorschüssen** zu versehen. Vgl. im übrigen die Erläuterungen zu den §§ 1384—1387.

§ 1530

[1]Das Gesamtgut haftet für die Verbindlichkeiten des Mannes[2]) und für die in den §§ 1531 bis 1534 bezeichneten Verbindlichkeiten der Frau[3]) (Gesamtgutsverbindlichkeiten)[4]).

Für Verbindlichkeiten der Frau, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, haftet der Mann auch persönlich[5]) als Gesamtschuldner[6]). Die Haftung erlischt mit der Beendigung[7]) der Errungenschaftsgemeinschaft, wenn die Verbindlichkeiten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander nicht dem Gesamtgute zur Last fallen[8]) [9]) [10]) [11]).

E I 1423 Abs 1, 2, 4 II 1425 M 4, 519 ff., 528 ff. P 4, 365.

1. Während § 1529 einige Lasten aufführt, die im Verhältnisse der Ehegatten zueinander von dem Gesamtgute zu tragen sind, werden in den §§ 1530—1534 die **Verbindlichkeiten des Gesamtguts gegenüber den Gläubigern** behandelt. Die §§ 1535—1541 regeln dagegen das Verhältnis der Ehegatten zueinander in Ansehung der Gesamtgutsverbindlichkeiten und anderer Ansprüche. Die Haftung des Gesamtguts gegenüber den Gläubigern und die persönliche Haftung des Mannes gegenüber den Gläubigern ist bei der Errungenschaftsgemeinschaft im wesentlichen ebenso wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft (§§ 1459—1462) geordnet, jedoch mit der Abweichung, daß die vor Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft bereits entstandenen und die nach Eintritt aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Verbindlichkeiten der Frau nicht Gesamtgutsverbindlichkeiten sind.

2. **Verbindlichkeiten des Mannes.** Daß alle Gläubiger des Mannes ohne Unterschied Befriedigung aus dem Gesamtgute verlangen können, entspricht dem § 1459 Abs 1.

3. **Beweislast.** Daß einer der Fälle der §§ 1531—1534 vorliegt, hat der Gläubiger zu beweisen. Anders § 1459 A 3.

4. **Begriff der Gesamtgutsverbindlichkeit** der Errungenschaftsgemeinschaft. Eine Gesamtgutsverbindlichkeit ist diejenige Verbindlichkeit des einen oder des andern Ehegatten, wegen deren der Gläubiger ohne Rücksicht darauf, ob die Verbindlichkeit im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgute zur Last fällt, auch aus dem Gesamtgute Befriedigung verlangen kann (vgl. § 1459 A 5).

5. Diese **persönliche Haftung des Mannes** bei der Errungenschaftsgemeinschaft entspricht nach Inhalt und Dauer der Bestimmung des § 1459 Abs 2 bei der Gütergemeinschaft. Aus der persönlichen Haftung folgt, daß dem Gläubiger der Frau (neben dem eingebrachten Gute der Frau nach Maßgabe der §§ 1525 Abs 2, 1410—1414, dem Vorbehaltsgute der Frau und dem Gesamtgute) auch das eingebrachte Gut des Mannes haftet. Dies gilt auch, wie bei der Gütergemeinschaft (**RG** JW 04, 176[19]), von Ansprüchen gegen die Frau auf Herausgabe bestimmter Gegenstände. Eine persönliche Haftung der Frau für Verbindlichkeiten des Mannes ist, da der Mann bei der Errungenschaftsgemeinschaft wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft die Einbuße allein tragen soll, nicht anerkannt.

6. Gesamtschuldnerische Haftung §§ 421—425.

7. Die **Beendigungsgründe** sind in § 1546 A 2 aufgeführt. Auf den Zeitpunkt der Beendigung der Auseinandersetzung kommt es nicht an. Im Falle des Konkurses über das Vermögen des Mannes (§ 1543) endigt die Errungenschaftsgemeinschaft mit der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses und damit auch die persönliche Haftung des Mannes. Dies berührt aber nicht das bereits durch die vorangegangene Konkurseröffnung begründete Recht der Konkursgläubiger, Befriedigung auch aus dem eingebrachten Gute des Mannes zu verlangen (vgl. A 11 und § 1543 A 4).

8. Die persönliche **Haftung des Mannes dauert fort,** wenn die Verbindlichkeit der Frau im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgute zur Last fällt (§§ 1535 bis 1537). Der Mann hat die Voraussetzungen für das Erlöschen seiner Haftung zu beweisen.

9. **Gemeinschaftlich eingegangene Verbindlichkeiten** vgl. § 1459 A 11. Jeder Ehegatte haftet dem Gläubiger zur Hälfte. Den Mann trifft außerdem (mit Rücksicht auf seine Zustimmung) die persönliche Haftung für die Hälfte der Frau. Dagegen haftet die Frau nicht persönlich für die Hälfte des Mannes. Anders, wenn von beiden Ehegatten eine Gesamtschuld beabsichtigt ist (§§ 421 ff.).

10. **Zwangsvollstreckung** vgl. § 1459 A 12. Bei dem Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft ist die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau nur zulässig, wenn die Frau zu der Leistung und der Mann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt ist (§ 739 ZPO). Zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ist ein gegen den Ehemann ergangenes Urteil erforderlich und genügend (§ 740 ZPO). Betreibt die Frau selbständig ein Erwerbsgeschäft, so gilt die im § 741 ZPO bestimmte Abweichung. Wegen Erteilung vollstreckbarer Urteilsausfertigung vgl. §§ 742 Abs 1, 744 ZPO, und wegen der Zwangsvollstreckung nach Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft vgl. § 743 ZPO.

11. Im **Konkurse über das Vermögen des Mannes** gehört das Gesamtgut zur Konkursmasse; der Frau ist ein Recht auf Auseinandersetzung (§ 16 KO) und Absonderung (§ 51 KO) versagt; zwischen den Ehegatten findet also, obwohl der Konkurs die Errungenschaftsgemeinschaft beendet (§ 1543 BGB), keine Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts statt (§ 2 Abs 1, 2 KO). Die Frau kann nur nach Maßgabe der KO die Aussonderung ihres eingebrachten Gutes verlangen. Infolge der Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft durch den Konkurs (§ 1543) werden auch die Ersatzansprüche der Frau (§§ 1525 Abs 2, 1377 Abs 3, 1539) fällig. Diese Ersatzansprüche, sowie sonstige ihr gegen das Gesamtgut bezw. den Mann zustehende Ansprüche kann sie als Konkursgläubigerin geltend machen. Anderseits ist sie zur Erfüllung der Ersatzverbindlichkeit wegen Bereicherung ihres eingebrachten Gutes (§ 1539) verpflichtet (vgl. ferner A 7). Inwieweit sich ein Ehemann der Gläubigerbegünstigung im Sinne des § 241 KO schuldig machen kann, wenn er seiner Ehefrau unter vertragsmäßiger Aufhebung der bestehenden Errungenschaftsgemeinschaft in Anrechnung auf deren Ersatzansprüche Gesamtgut überweist, darüber vgl. RGSt 40, 171. — Durch den **Konkurs über das Vermögen der Frau** wird das Gesamtgut nicht berührt (§ 2 Abs 2 KO). Ihr Anteil am Gesamtgut und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen ist der Pfändung nicht unterworfen (§ 860 ZPO).

§ 1531

[1])**Das Gesamtgut haftet für Verbindlichkeiten der Frau, die zu den im § 1529 Abs. 2 bezeichneten Lasten des eingebrachten Gutes gehören**[2]).

E I 1423 Abs 2 Nr 1 II 1426 M 4, 527 P 4, 365.

1. Die §§ 1531—1534 führen diejenigen **Verbindlichkeiten der Frau** auf, wegen deren sich die Gläubiger auch an das Gesamtgut halten können. § 1531 entspricht dem Grundsatze, daß diejenigen Verbindlichkeiten der Frau, welche im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgute zur Last fallen, auch nach außen hin Gesamtgutsverbindlichkeiten sein sollen (vgl. auch § 1529 A 1 und § 1530 A 1).

2. Wegen der **persönlichen Haftung des Mannes** für die im § 1531 bezeichneten Verbindlichkeiten der Frau vgl. § 1530 Abs 2 und A 5, 8.

§ 1532

[1])**Das Gesamtgut haftet für eine Verbindlichkeit der Frau, die aus einem nach dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft vorgenommenen Rechtsgeschäft**[2]) **entsteht, sowie für die Kosten eines Rechtsstreits**[2]), **den die Frau nach dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft führt, wenn die Vornahme des Rechtsgeschäfts oder die Führung des Rechtsstreits mit Zustimmung**[3]) **des Mannes erfolgt oder ohne**[4]) **seine Zustimmung für das Gesamtgut wirksam ist.**

E I 1423 Abs 2 Nr 2 und 3, Abs 3 II 1427 M 4, 527 P 4, 365; 6, 289.

1. Der § 1532 entspricht dem § 1460, jedoch hinsichtlich der Kosten eines Rechtsstreits mit der im § 1532 bestimmten Einschränkung der Haftung (vgl. auch § 1531 A 1).

2. Gleichviel, ob sich das Rechtsgeschäft bezw. der Rechtsstreit auf das Gesamtgut, das eingebrachte Gut oder das Vorbehaltsgut der Frau bezieht.

3. **Zustimmung des Mannes** §§ 182 ff. Bei Erteilung der Zustimmung kann sich der Mann ausbedingen, daß das Gesamtgut und er persönlich nicht haften (§ 1460 A 3). Fehlt es an der Zustimmung des Mannes und ist die Führung des Rechtsstreits durch die Frau auch nicht für das Gesamtgut wirksam, so fallen die Kosten der Frau zur Last.

4. **Ohne Zustimmung des Mannes** ist für das Gesamtgut wirksam die Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch die Frau in den Fällen der §§ 1450—1452, 1455 (bis zur Höhe der Bereicherung), 1357 (Schlüsselgewalt) und die Führung eines Rechtsstreits durch die Frau in den Fällen der §§ 1449, 1450, 1452 (1405). Vgl. § 1419 Abs 2. Dagegen wird das Gesamtgut mit denjenigen Verbindlichkeiten der Frau nicht belastet, die sie dadurch übernimmt, daß sie — sei es mit, sei es ohne Zustimmung des Mannes — eine Erbschaft oder ein Vermächtnis annimmt. Ein solcher Erwerb von Todes wegen fällt nach § 1521 regelmäßig in das eingebrachte Gut und die mit einem solchen Erwerbe verbundenen Verbindlichkeiten können nicht Gesamtgutsverbindlichkeiten sein (M 4, 528). § 1453 ist zwar nach § 1519 Abs 2 auf das Gesamtgut anwendbar, kommt jedoch für die Anwendung des § 1532 nicht in Betracht.

§ 1533

[1])**Das Gesamtgut haftet für eine Verbindlichkeit der Frau, die nach dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft infolge eines ihr zustehenden Rechtes oder des Besitzes einer ihr gehörenden Sache entsteht, wenn das Recht oder die Sache zu einem Erwerbsgeschäfte[2]) gehört, das die Frau mit Einwilligung des Mannes selbständig betreibt.**

E I 1423 Abs 2 Nr 4 II 1428 M 4, 528 P 4, 365; 6, 289.

1. Der § 1533 entspricht dem § 1462 und dieser dem § 1414. Auf die Erläuterungen zu §§ 1533, 1414 wird verwiesen. Vgl. auch § 1531 A 1. Betreibt die Frau mit Zustimmung ihres Mannes selbständig ein Erwerbsgeschäft, so sind ihre Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten der Frau, die der Betrieb mit sich bringt, schon nach § 1532 Gesamtgutsverbindlichkeiten (vgl. E I § 1423 Abs 2 Nr 3 und M 4, 527). Demgegenüber dehnt der § 1533 die **Haftung des Gesamtguts** auf weitere, mit dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nur mittelbar zusammenhängende Verbindlichkeiten der Frau (z. B. Steuern und Abgaben vom Gewerbebetriebe) aus.

2. Ob das **Erwerbsgeschäft** zum eingebrachten Gute oder Vorbehaltsgute der Frau gehört, macht keinen Unterschied.

§ 1534

Das Gesamtgut haftet für Verbindlichkeiten der Frau, die ihr auf Grund der gesetzlichen Unterhaltspflicht obliegen[1]).

E I 1425 II 1429 M 4, 530, 376 ff. P 4, 368.

1. **Verbindlichkeiten der Frau auf Grund der gesetzlichen Unterhaltspflicht** sind die in A 7 zu § 1386 bezeichneten Verbindlichkeiten. Keinen Unterschied macht es, ob die Verbindlichkeit vor oder nach dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft entstanden ist (vgl. § 1459 A 2, 4) und ob, bezw. inwieweit für die Begründung, bezw. Bemessung des Unterhaltsanspruchs das Vorbehalts- oder eingebrachte Gut der Frau in Betracht kommt. Für das Verhältnis der Ehegatten untereinander ist § 1535 Nr 1 und für die Bestimmung der Unterhaltspflicht Verwandten gegenüber § 1604 Abs 2 maßgebend.

§ 1535

[1])**Im Verhältnisse der Ehegatten zueinander fallen folgende Gesamtgutsverbindlichkeiten[2]) dem Ehegatten zur Last in dessen Person sie entstehen[3]):**

1. **die Verbindlichkeiten aus einem sich auf sein eingebrachtes Gut oder sein Vorbehaltsgut beziehenden Rechtsverhältnis, auch wenn sie vor dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft oder vor der Zeit entstanden sind, zu der das Gut eingebrachtes Gut oder Vorbehaltsgut geworden ist[4]);**
2. **die Kosten eines Rechtsstreits, den der Ehegatte über eine der in Nr. 1 bezeichneten Verbindlichkeiten führt[5]).**

E I 1426 Abs 2 Nr 1 und 5 II 1430 M 4, 530, P 4, 368.

1. Regel ist, daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft ebenso wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1463 A 1) alle **Gesamtgutsverbindlichkeiten** auch im Verhältnisse

der Ehegatten zueinander dem Gesamtgute zur Last fallen (M 4, 532). Die Ausnahmen von dieser Regel werden in den §§ 1535—1538 bestimmt. Vgl. ferner § 1530 A 1.

2. Begriff der Gesamtgutsverbindlichkeiten § 1530 A 4. Bei der Errungenschaftsgemeinschaft sind die Verbindlichkeiten des Mannes ausnahmslos, die Verbindlichkeiten der Frau aber nur in den Fällen der §§ 1531—1534 Gesamtgutsverbindlichkeiten (§ 1530 Abs 1).

3. Rechtsfolgen. Daraus, daß eine Gesamtgutsverbindlichkeit im Verhältnisse der Ehegatten zueinander **dem Ehegatten zur Last fällt,** in dessen Person sie entsteht, folgt, daß der Ehegatte, dem sie zur Last fällt, bei der Auseinandersetzung die Berichtigung aus dem Gesamtgute nicht verlangen kann (§§ 1546 Abs 2, 1475 Abs 2). Er muß vielmehr, falls die Berichtigung aus dem Gesamtgut erfolgt, bis zur Höhe der Bereicherung Ersatz leisten (§§ 1539, 1541). Außerdem erlischt mit der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft die persönliche Haftung des Mannes für eine derartige Verbindlichkeit der Frau (§ 1530 Abs 2 Satz 2). Daraus, daß eine Gesamtgutsverbindlichkeit im Verhältnisse der Ehegatten **dem Gesamtgute zur Last fällt,** folgt, daß jeder Ehegatte bei der Auseinandersetzung die Berichtigung aus dem Gesamtgute verlangen kann (§§ 1546 Abs 2, 1475 A 2). Falls die Berichtigung aus dem eingebrachten Gute eines Ehegatten oder aus dem Vorbehaltsgute der Frau erfolgt ist, hat der Ehegatte gegen das Gesamtgut einen Ersatzanspruch bis zur Höhe der Bereicherung (§§ 1539, 1541). Außerdem hat der Mann, falls bei der Auseinandersetzung die Berichtigung unterbleibt, dafür einzustehen, daß die Frau von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird (§§ 1546 Abs 2, 1481 Satz 1).

4. § 1535 Nr 1 entspricht dem § 1463 Nr 2 und dieser dem § 1415 Nr 2. Vgl. die Erläuterungen dazu. Unter § 1535 Nr 1 fällt insbesondere die **gesetzliche Unterhaltspflicht** der Frau, insoweit der Unterhaltsanspruch durch den Besitz von eingebrachtem Gute oder Vorbehaltsgute der Frau begründet oder vergrößert wird (vgl. § 1534 A 2; Ausnahmen § 1537).

5. § 1535 Nr 2 entspricht dem § 1463 Nr 3 und dieser dem § 1415 Nr 3. Vgl. die Erläuterungen dazu. Da § 1535 nur von Gesamtgutsverbindlichkeiten handelt, so ist hier unter einem von der Frau geführten **Rechtsstreit** ein solcher zu verstehen, den sie mit Zustimmung des Mannes führt oder dessen Führung ohne seine Zustimmung für das Gesamtgut wirksam ist (§ 1532). Fehlt es an der Zustimmung des Mannes und ist die Führung des Rechtsstreits durch die Frau auch nicht für das Gesamtgut wirksam, so fallen die Kosten ohnedies der Frau zur Last (vgl. § 1532 A 2, 3). Ausnahmen § 1537. — Die Kosten eines **Rechtsstreits zwischen Mann und Frau** fallen im Verhältnisse der Ehegatten zueinander der Frau zur Last, soweit nicht der Mann sie zu tragen hat. Eine ausdrückliche Bestimmung hierüber fehlt. Der Grundsatz der § 1464 Abs 1 darf entsprechend angewendet werden (Planck §§ 1535—1537 A 6).

§ 1536

[1]Im Verhältnisse der Ehegatten zueinander fallen dem Manne zur Last:

1. die vor dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft entstandenen Verbindlichkeiten des Mannes[2];

2. die Verbindlichkeiten des Mannes, die der Frau gegenüber aus der Verwaltung ihres eingebrachten[3] Gutes entstehen, soweit[4] nicht das Gesamtgut zur Zeit der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft bereichert ist[5];

3. die Verbindlichkeiten des Mannes aus einer unerlaubten Handlung, die er nach dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft begeht, oder aus einem Strafverfahren, das wegen einer unerlaubten Handlung gegen ihn gerichtet wird[6];

4. die Kosten eines Rechtsstreits, den der Mann über eine der in Nr. 1 bis 3 bezeichneten Verbindlichkeiten führt[7].

E I 1426 Abs 2 Nr 2—5 II 1431 M 4, 507, 530 ff. P 4, 368.

1. Vgl. § 1535 A 1—3. § 1536 handelt anders als § 1535 nur von **Verbindlichkeiten des Mannes.** Diese sind ausnahmslos Gesamtgutsverbindlichkeiten (§ 1530 A 2). Die nämlichen Verbindlichkeiten sind, wenn die Frau Schuldnerin ist, keine Gesamtgutsverbindlichkeiten und kommen für § 1536 überhaupt nicht in Betracht.

2. Diesen Verbindlichkeiten wird eine vor dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft begründete **sittliche oder Anstandspflicht des Mannes** gleichzustellen sein (vgl. M 4, 507; Ausnahmen § 1537).

3. Überläßt die Frau dem Manne die Verwaltung ihres **Vorbehaltsguts** (§§ 1430, 1441, 1526), so sind die aus dieser Verwaltung entstehenden Verbindlichkeiten des Mannes der Frau gegenüber Gesamtgutsverbindlichkeiten (§ 1530 Abs 1), was zur Folge hat, daß sich die Frau die Berichtigung aus dem Gesamtgute gefallen lassen muß (§ 1535 A 3).

4. Die **Beweislast** in Ansehung der Bereicherung trifft den Mann.

5. **Zweck.** Alle Verbindlichkeiten des Mannes sind Gesamtgutsverbindlichkeiten. Es wäre aber ungerecht, wenn die Frau dulden müßte, daß Verbindlichkeiten des Mannes aus der ihm obliegenden Verwaltung des eingebrachten Gutes der Frau (§§ 1374, 1525 Abs 2) zum Schaden der Frau mit Mitteln des Gesamtguts berichtigt würden. Dem will § 1536 Nr 2 vorbeugen.

6. § 1536 Nr 3 entspricht dem § 1463 Nr 1 und dieser dem § 1415 Nr 1. Vgl. Erläuterungen dazu. Verbindlichkeiten des Mannes aus einer vor Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft begangenen **unerlaubten Handlung** fallen unter Nr 1. Ein **Strafverfahren**, das wegen einer vor Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft begangenen unerlaubten Handlung stattfindet, fällt nicht unter § 1536 Nr 3.

7. Ausnahme § 1537. Für Kosten eines Rechtsstreits zwischen Mann und Frau gilt das zu § 1535 in A 5 am Schlusse Gesagte.

§ 1537

[1]Die Vorschriften des § 1535 und des § 1536 Nr. 1, 4[2]) finden insoweit keine Anwendung, als die Verbindlichkeiten nach § 1529 Abs. 2 von dem Gesamtgute zu tragen sind.

Das Gleiche gilt von den Vorschriften des § 1535 insoweit, als die Verbindlichkeiten durch den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, der für Rechnung des Gesamtguts[3]) geführt wird, oder infolge eines zu einem solchen Erwerbsgeschäfte gehörenden Rechtes oder des Besitzes einer dazugehörenden Sache entstehen.

E I 1426 Abs 2 Nr 1, 2 und 5 II 1432 M 4, 530 P 4, 368.

1. Vgl. § 1530 A 1 und § 1535 A 1. Der § 1537 beschränkt für gewisse Fälle das Anwendungsgebiet der in den §§ 1535, 1536 bezeichneten Ausnahmen und unterstellt diese Fälle wiederum der Regel, daß alle **Gesamtgutsverbindlichkeiten** auch im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgute zur Last fallen.

2. Bei § 1536 Nr. 4 ist nur an einen Rechtsstreit zu denken, den der Mann über eine der in Nr. 1 (nicht Nr. 2 und 3) bezeichneten Verbindlichkeiten führt.

3. **Für Rechnung des Gesamtguts** wird das Erwerbsgeschäft — unbeschadet abweichender Vereinbarung der Ehegatten — betrieben, wenn es zum Gesamtgut oder zum eingebrachten Gute eines Ehegatten (§ 1525) gehört, nicht aber, wenn es zum Vorbehaltsgute der Frau gehört, selbst dann nicht, wenn die Frau aus dem Ertrage des Geschäfts zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes beitragen muß (§§ 1427 Abs 2, 1441, 1526 Abs 3).

§ 1538

Verspricht oder gewährt der Mann einem Kinde eine Ausstattung, so finden die Vorschriften des § 1465 Anwendung[1]).

E I 1427 II 1433 M 4, 532 P 4, 368.

1. Bei der Errungenschaftsgemeinschaft ist Vorbehaltsgut des Mannes ausgeschlossen (§ 1526 Abs 2). Gewährt der Mann aber aus seinem eingebrachten Gute einem nicht gemeinschaftlichen Kinde eine **Ausstattung**, so erwächst ihm unter Umständen ein Ersatzanspruch an das Gesamtgut (§ 1539). Im übrigen vgl. Erl. zu § 1465 und wegen des Falles, in dem die Ausstattung als Schenkung gilt, § 1446 A 3 und § 1519 Abs 2. Vgl. ferner die allgemeinen Bemerkungen § 1530 A 1 und § 1535 A 1.

§ 1539

[1]Soweit das eingebrachte Gut eines Ehegatten auf Kosten des Gesamtguts oder das Gesamtgut auf Kosten des eingebrachten Gutes eines Ehe-

gatten zur Zeit der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft bereichert[2]) ist, muß aus dem bereicherten Gute zu dem andern Gute Ersatz geleistet werden. Weitergehende, auf besonderen Gründen beruhende Ansprüche[3]) bleiben unberührt[4]) [5]).

E I 1420 II 1434 M 4, 514 P 4, 354.

1. Die im § 1539 bestimmte **Ersatzpflicht** entspricht der Billigkeit und der besonderen Sachlage bei der Errungenschaftsgemeinschaft. Die Vorschrift ist notwendig, weil in manchen Fällen die allgemeinen Grundsätze, namentlich die Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht ausreichen und in andern Fällen die Voraussetzungen eines nach den allgemeinen Grundsätzen begründeten Ersatzanspruchs zur Zeit der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft nicht mehr nachweisbar sind. § 1539 enthält keine Bestimmung für Fälle, in denen das Vorbehaltsgut der Frau auf Kosten des Gesamtguts oder umgekehrt bereichert ist, ebensowenig für Fälle, in denen das eingebrachte Gut des Mannes auf Kosten des eingebrachten Gutes, bezw. des Vorbehaltsguts der Frau oder umgekehrt bereichert ist. Für alle diese Fälle verbleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen.

2. Bereicherung. Die bloße Tatsache, daß das Gesamtgut auf Kosten des eingebrachten Gutes oder umgekehrt zu der angegebenen Zeit bereichert ist, begründet den Ersatzanspruch. An weitere Voraussetzungen ist der Ersatzanspruch nicht geknüpft. Der Begriff der Bereicherung ist derselbe wie in den §§ 812 ff. Die Frage nach dem rechtlichen Grunde der Bereicherung ist hier gleichgültig. Ein solcher Ersatzanspruch wird z. B. gegeben sein, wenn eine dem Manne auferlegte Geldstrafe, die im Verhältnisse der Ehegatten zueinander nach § 1536 Nr 3 dem Manne zur Last fällt, aus dem Gesamtgute statt aus seinem eingebrachten Gute berichtigt worden ist. Abgelehnt ist eine Ersatzpflicht des Gesamtguts für Verschlechterung und Verlust der zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen durch die gewöhnliche **Abnutzung.** (vgl. § 1384 A 2). Abweichende Vereinbarungen können im Ehevertrage getroffen werden. — Der Ersatzbereicherungsanspruch aus § 1539 kann nur auf Geld gerichtet sein (RGSt 40, 178).

3. Weitergehende Ansprüche solcher Art können aus den nach § 1525 Abs 2 auf das eingebrachte Gut der Frau entsprechend anzuwendenden Vorschriften des gesetzlichen ehelichen Güterrechts oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus sinnentsprechender Anwendung des § 1466 auf Fälle, in denen der Mann Verwendungen aus seinem eingebrachten Gut in Gesamtgut und umgekehrt vornimmt, hergeleitet werden. — Außer dem erst nach Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft verfolgbaren Ersatzbereicherungsanspruch aus § 1539 stehen der Frau die Ersatzansprüche auf Grund der §§ 1373—1393 zu und zwar können diese gegen das Gesamtgut gleichfalls erst nach der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft gerichtlich geltend gemacht werden (RG 40, 178).

4. Die **Beweislast** trifft denjenigen Ehegatten, der den Ersatzanspruch erhebt. Ihm kommt bei Verwendung verbrauchbarer Sachen die Vermutung aus § 1540 zustatten.

5. Zu welcher **Zeit** die Ersatzansprüche aus § 1539 zu berichtigen sind, bestimmt § 1541.

§ 1540

[1])Sind verbrauchbare[2]) Sachen, die zum eingebrachten Gute eines Ehegatten gehört haben[3]), nicht mehr vorhanden, so wird zugunsten[4]) des Ehegatten vermutet[5]), daß die Sachen in das Gesamtgut verwendet worden seien und dieses um den Wert der Sachen bereichert sei.

E I 1421 Abs 2 II 1435 M 4, 517 P 4, 354.

1. Wenn verbrauchbare Sachen, namentlich Gelder, die zum eingebrachten Gute eines Ehegatten gehört haben, bei der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft nicht mehr vorhanden sind, so ist es wahrscheinlich, daß sie zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes oder anderer dem Gesamtgute zur Last fallender Ausgaben (§§ 1529 ff.) verwendet worden sind. Der Beweis der Verwendung ist aber gerade bei verbrauchbaren Sachen schwierig und soll durch die im § 1540 aufgestellte **Vermutung** erleichtert werden (vgl. § 1539 A 4). Dadurch erfährt zugleich die Vermutung des § 1527, daß das vorhandene Vermögen Gesamtgut sei, eine der Billigkeit und Zweckmäßigkeit entsprechende Richtigstellung. Die Vorschrift des § 1540 kann sowohl für die Auseinandersetzung als auch für den Anspruch der Frau auf Sicherheitsleistung (§§ 1525 Abs 2, 1391) und für ihre (nicht ihrer Gläubiger, § 1411) Ansprüche aus § 1394 bedeutsam werden.

2. Begriff der **verbrauchbaren Sachen** § 92. Nicht verbrauchbare Sachen unterliegengden allgemeinen Grundsätzen. Gleiches gilt von dem zum Vorbehaltsgute der Frau gehörenden Sachen.

3. Der den Ersatzanspruch gegen das Gesamtgut (§ 1539) erhebende Ehegatte hat nur zu **beweisen**, daß die verbrauchbaren Sachen zur Zeit des Eintritts der Errungenschaftsgemeinschaft oder während derselben zu seinem eingebrachten Gute (§ 1520 A 1) gehört haben und nicht mehr vorhanden sind. Die ihm entgegenstehende Vermutung aus § 1527 muß er entkräften. Vgl. dazu § 1528 A 1 (Verzeichnis). Im Verhältnisse zu den Gläubigern des Mannes kommt es auch noch auf die Widerlegung der Vermutung aus § 1362 Abs 1 an.

4. Die Vermutung gilt nur **zugunsten** des Ehegatten (bezw. seines Rechtsnachfolgers oder Gläubigers), um dessen Ersatzanspruch es sich handelt. Der andere Ehegatte kann sich darauf nicht berufen. So kann z. B. der Mann sich nicht zu dem Zweck auf § 1540 berufen, um die nach § 1536 Nr 2 im Verhältnisse der Ehegatten zueinander ihm zur Last fallenden Verbindlichkeiten gegenüber der Frau von sich auf das Gesamtgut abzuwälzen.

5. Wegen des Beweises des Gegenteils vgl. § 292 ZPO.

§ 1541

[1])Was ein Ehegatte zu dem Gesamtgut oder die Frau zu dem eingebrachten Gute des Mannes schuldet, ist erst nach der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft zu leisten; soweit jedoch zur Berichtigung einer Schuld der Frau ihr eingebrachtes Gut und ihr Vorbehaltsgut ausreichen, hat sie die Schuld schon vorher zu berichtigen[2]).

Was der Mann aus dem Gesamtgute zu fordern hat, kann er erst nach der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft fordern.

E I 1428 II 1436 M 4, 533 P 4, 368.

1. § 1541 bestimmt für die Errungenschaftsgemeinschaft dasselbe, was § 1467 für die Gütergemeinschaft bestimmt. Nur ist das, was sich im § 1467 auf Vorbehaltsgut des Mannes bezieht, im § 1541 auf das **eingebrachte Gut des Mannes** bezogen, da bei der Errungenschaftsgemeinschaft Vorbehaltsgut des Mannes ausgeschlossen ist (§ 1526 Abs 2). Auf die Erläuterungen zu § 1467 wird verwiesen.

2. Ihre **Ansprüche** auf Grund der Verwaltung und Nutznießung kann die Frau gegen den Mann während der Errungenschaftsgemeinschaft nur, wenn die Voraussetzungen zur Sicherheitsleistung des Mannes vorliegen, geltend machen (§§ 1394, 1525 Abs 2). Vgl. RGSt 40, 178.

§ 1542

[1])Die Frau kann unter den Voraussetzungen des § 1418 Nr. 1, 3 bis 5[2]) und des § 1468, der Mann kann unter den Voraussetzungen des § 1469 auf Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft klagen.

Die Aufhebung tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein[3]) [4]).

E I 1429 Abs 1, 3 II 1439 M 4, 534 P 4, 370.

1. Auf **Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft** kann unter denselben Voraussetzungen **geklagt** werden, unter denen auf Aufhebung der allgemeinen Gütergemeinschaft (§§ 1468, 1469) und auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes (§ 1418) geklagt werden kann. Klagegründe, die ausreichen, sogar die allgemeine Gütergemeinschaft aufzuheben, müssen natürlich zur Aufhebung der bloßen Errungenschaftsgemeinschaft erst recht auseichen. Klagegründe, die beim gesetzlichen Güterrechte die Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes rechtfertigen, müssen zur Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft genügen, weil letztere nur eine Umgestaltung des gesetzlichen Güterrechts ist (§ 1519 A 1) und nicht fortbestehen kann, ohne daß der Mann das eingebrachte Gut der Frau für Rechnung des Gesamtguts verwaltet und nutzt (§ 1525 Abs 1).

2. § 1418 Nr 2 (Verletzung der Unterhaltspflicht) ist im Hinblick auf § 1468 Nr 3 als entbehrlich ausgeschaltet.

3. § 1542 Abs 2 entspricht dem § 1470 Abs 1 Satz 1 und dieser dem § 1418 Abs 2 (vgl. § 1418 A 11). Für die Zukunft gilt Gütertrennung (§ 1545). Zur Eintragung in das Güterrechtsregister genügt der Antrag eines Ehegatten bei Vorlegung des rechtskräftigen Aufhebungsurteils (§ 1561 Abs 3 Nr 1).

4. Vorläufige Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft durch einstweilige Verfügung ist nicht statthaft (vgl. § 1418 A 12). Zulässig ist eine einstweilige Verfügung auf Aufhebung der dem Ehemanne zustehenden Verwaltung des Gesamtguts sowie der Verwaltung und Nutznießung des von der Ehefrau in die Ehe eingebrachten Gutes (RG Gruch 46, 951).

§ 1543

[1])**Die Errungenschaftsgemeinschaft endigt**[2]) **mit der Rechtskraft**[3]) **des Beschlusses, durch den der Konkurs über das Vermögen des Mannes**[4]) **eröffnet wird.**

E I 1429 Abs 2 Satz 1 II 1437 M 4, 534, 528 ff. P 4, 372.

1. Wie bei dem gesetzlichen Güterrechte die Verwaltung und Nutznießung des Mannes mit dem Konkurs über das Vermögen des Mannes endet (§ 1419), so soll auch die **Errungenschaftsgemeinschaft,** die im Grunde nur eine Umgestaltung des gesetzlichen Güterstandes ist (§ 1519 A 1), **mit dem Konkurs über das Vermögen des Mannes endigen.** Hierin weichen beide Güterstände von der Gütergemeinschaft ab (§ 1468 A 1). Der § 1543 bezweckt den künftigen Erwerb der Frau sicher zu stellen (Prot 4, 373; vgl. § 1546 A 4).

2. Die **Beendigung** des Güterstandes tritt kraft Gesetzes ein. Eines Antrags der Frau bedarf es nicht. Für die Zukunft gilt Gütertrennung (§ 1545). Zur Eintragung in das Güterrechtsregister genügt der Antrag eines Ehegatten bei Vorlegung des rechtskräftigen Eröffnungsbeschlusses (§ 1561 Abs 3 Nr 1). Bei der Beendigung verbleibt es, gleichviel ob und wie das Konkursverfahren durchgeführt wird. Wegen des Rechtes der Frau auf Wiederherstellung der Gemeinschaft vgl. § 1547.

3. Eintritt der **Rechtskraft** § 705 ZPO, §§ 72, 109 KO. Weil erst in diesem Zeitpunkte die Errungenschaftsgemeinschaft aufhört, so fällt das, was ein Ehegatte in der Zwischenzeit von der Erlassung des Eröffnungsbeschlusses bis zu dessen Rechtskraft erwirbt, zwar in das Gesamtgut (§ 1519), aber, da es nicht schon zur Zeit der Erlassung des Eröffnungsbeschlusses Gesamtgut war, nicht in die Konkursmasse (§ 1 Abs 1 und § 2 Abs 1 KO).

4. Der **Konkurs über das Vermögen des Mannes** umfaßt das eingebrachte Gut des Mannes (§§ 1520—1525) und das Gesamtgut (§ 1519). Vgl. § 1 Abs 1 und § 2 Abs 1 KO. Nicht zur Konkursmasse gehören das eingebrachte Gut der Frau (§§ 1520—1525) und ihr Vorbehaltsgut (§ 1526 Abs 1, 3). Wegen des zur Konkursmasse gehörenden Gesamtguts findet eine Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten nicht statt (§ 2 Abs 1 KO). Wegen der Rechte der Frau auf Aussonderung ihres eingebrachten Gutes und Befriedigung ihrer Ersatzansprüche vgl. § 1530 A 11. Durch das Konkursverfahren über das Vermögen der Frau wird das Gesamtgut nicht berührt (§ 2 Abs 2 KO).

§ 1544

[1])**Die Errungenschaftsgemeinschaft endigt**[2])**, wenn ein Ehegatte für tot erklärt wird, mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt**[3]).

E I 1429 Abs 2 Satz 1 II 1438 M 4, 534 P 4, 372.

1. Wie beim gesetzlichen Güterrechte die Verwaltung und Nutznießung des Mannes mit dessen Todeserklärung endigt (§ 1420), so soll auch die **Errungenschaftsgemeinschaft,** die im Grunde nur eine Umgestaltung des gesetzlichen Güterstandes ist (§ 1519 A 1), **mit der Todeserklärung des Mannes oder** — wie bei der 2. Lesung beschlossen wurde (Prot 4, 372) — **der Frau endigen.** Bei der Gütergemeinschaft ist Todeserklärung eines Ehegatten kein Grund zur Beendigung der Gemeinschaft (Prot 4, 372; § 1459 A 9; §§ 1482 ff.).

2. Die **Beendigung** des Güterstandes tritt kraft Gesetzes ein. Eines Antrags des andern Ehegatten bedarf es nicht. Für die Zukunft gilt Gütertrennung (§ 1545). Zur Eintragung in das Güterrechtsregister genügt der Antrag des andern Ehegatten bei Vorlegung der rechtskräftigen Todeserklärung (§ 1561 Abs 3 Nr 1). Bei der Beendigung verbleibt es, auch wenn der für tot erklärte Gatte die Todeserklärung überlebt hat und zurückkehrt. Wegen des Rechtes des Letzteren auf Wiederherstellung der Gemeinschaft vgl. § 1547. Schließt der andere Ehegatte eine neue Ehe, so wird freilich gemäß § 1348 die frühere Ehe aufgelöst und der Güterstand beendigt.

3. **Zeitpunkt des Todes** § 18 Abs 2 BGB, § 970 Abs 2 ZPO. Wegen Anfechtung der Todeserklärung und der Folgen einer unrichtigen Sterbeurkunde gilt das zu § 1420 A 5 Gesagte.

§ 1545

Endigt die Errungenschaftsgemeinschaft nach den §§ 1542 bis 1544, so gilt für die Zukunft Gütertrennung[1]).

Dritten gegenüber ist die Beendigung der Gemeinschaft nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam[2]).

E I 1429 Abs 1, 2 Satz 2 II 1440 M 4, 534 P 4, 370; 6, 281.

1. **Gütertrennung** §§ 1427—1431. Auch bei dem gesetzlichen Güterrecht und der Gütergemeinschaft tritt in den entsprechenden Fällen Gütertrennung ein (§§ 1426, 1470).

Wird durch Ehevertrag die Errungenschaftsgemeinschaft aufgehoben, so tritt ebenfalls Gütertrennung ein, sofern der Vertrag keine abweichende Bestimmung trifft (§ 1436). Auch im Falle des § 1587 (Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach Aufhebung) tritt Gütertrennung ein.

2. Zur **Eintragung** der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft **in das Güterrechtsregister** genügt in den Fällen der §§ 1542—1544 der Antrag eines der Ehegatten bei Vorlegung der mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehenen, die Beendigung nach sich ziehenden gerichtlichen Entscheidung (§ 1561 Abs 3 Satz 1). Im übrigen vgl. Erläuterungen zu § 1435.

§ 1546

[1])Nach der Beendigung[2]) der Errungenschaftsgemeinschaft findet in Ansehung des Gesamtguts die Auseinandersetzung statt[3]). Bis zur Auseinandersetzung bestimmt sich das Rechtsverhältnis der Ehegatten nach den §§ 1442, 1472, 1473[4]).

Die Auseinandersetzung erfolgt, soweit nicht eine andere Vereinbarung getroffen wird, nach den für die allgemeine Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften der §§ 1475 bis 1477, 1479 bis 1481[5]).

Auf das eingebrachte Gut der Frau finden die für den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung geltenden Vorschriften der §§ 1421 bis 1424 Anwendung[6])[7]).

E I 1417, 1429 Abs 1, 4 II 1441 M 4, 536 ff. P 4, 352, 371, 378.

1. Das BGB hat es abgelehnt, eine der Fortsetzung der Gütergemeinschaft nach dem Tode eines Ehegatten bei beerbter Ehe (§ 1483) entsprechende Fortsetzung der Errungenschaftsgemeinschaft einzuführen (M 4, 539; Prot 4, 378). Es ist auch nicht zulässig, fortgesetzte Errungenschaftsgemeinschaft durch Ehevertrag zu verabreden (anders bei der Fahrnisgemeinschaft, § 1557; vgl. RJA 5, 142). Nach der **Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft** findet vielmehr, gleichviel aus welchem Grunde der Güterstand endet, eine Auseinandersetzung statt und diese ist, wie bei der Gütergemeinschaft (§ 1481) so geordnet, daß eine etwa sich ergebende Einbuße der Mann allein zu tragen hat. Im Falle der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft durch Tod eines Ehegatten tritt die gewöhnliche Erbfolge auf Grund des Gesetzes oder eines Testamentes ein. Zum Nachlasse des verstorbenen Ehegatten gehört neben seinem eingebrachten Gute, bezw. Vorbehaltsgute sein Anteil am Gesamtgute.

2. **Beendigungsgründe.** Die Errungenschaftsgemeinschaft endet durch Tod oder Todeserklärung (§ 1544) eines Ehegatten, durch Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, durch Urteil im Falle des § 1542 und durch Konkurs über das Vermögen des Mannes (§ 1543). Sie kann selbstverständlich auch durch Ehevertrag aufgehoben werden. Vgl. § 1468 A 1 (Beendigung der Gütergemeinschaft) und Vorbem 1 vor § 1418 (Beendigung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes).

3. **Klagerecht.** Jeder Ehegatte kann im Weigerungsfalle auf Vornahme der Auseinandersetzung klagen. § 1546 Abs 1 Satz 1 schließt sich dem § 1471 Abs 1 und dieser dem § 730 Abs 1 an. Das Recht auf Auseinandersetzung kann durch Vertrag weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden. Endigt die Errungenschaftsgemeinschaft durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes, so findet eine Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts nicht statt (§ 2 Abs 1 KO). Vermittlung der Auseinandersetzung durch das Amtsgericht §§ 99, 193 FGG.

4. Aus § 1546 Abs 1 Satz 2 ergibt sich, daß die während der Errungenschaftsgemeinschaft in Ansehung des Gesamtguts bestandene **Gemeinschaft zur gesamten Hand** (§ 1438, A 1, § 1442 A 1) von dem Zeitpunkte der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft bis zum Abschlusse der Auseinandersetzung fortdauert, jedoch mit den aus §§ 1472, 1473 hervorgehenden Abweichungen. Der in dieser Zeit von einem Ehegatten außerhalb der durch § 1473 gezogenen Grenzen gemachte Erwerb verbleibt also ihm allein. Nach § 1472 wird das Gesamtgut nunmehr gemeinschaftlich von beiden Ehegatten verwaltet. Im übrigen vgl. Erl. zu §§ 1442, 1472, 1473.

5. Über den Begriff und Umfang der Gesamtgutsverbindlichkeiten bei der Errungenschaftsgemeinschaft vgl. § 1530 A 4, § 1535 A 3. Das Übernahmerecht des Ehegatten aus **§ 1477 Abs 2** kann nur in Ansehung der für seinen persönlichen Gebrauch bestimmten Sachen ausgeübt werden. **§ 1478** ist nicht anwendbar; jedem der geschiedenen Ehegatten gebührt daher die Hälfte des Gesamtguts. **§ 1479** bezieht sich auf alle im § 1542 bezeichneten Fälle der Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft durch Urteil. Im übrigen wird auf die Erl. zu den §§ 1475—1477, 1479—1481 verwiesen.

6. Daß sich die Errungenschaftsgemeinschaft gewissermaßen nur als eine **Umgestaltung des gesetzlichen ehelichen Güterrechts** darstellt (§ 1519 A 1), ergeben die zahlreichen Hinweise auf die Bestimmungen des gesetzlichen Güterrechts, so in § 1525 Abs 2, 1529 Abs 2, 1542, 1546 Abs 2, 1547, 1578. Auf die Erl. zu §§ 1421—1424 wird Bezug genommen.

7. **Zwangsvollstreckung. Konkurs.** Nach Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft ist der Anteil an dem Gesamtgute zugunsten der Gläubiger des Anteilsberechtigten der Pfändung unterworfen (§ 860 Abs 2 ZPO). Wegen der Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut und wegen Erteilung einer vollstreckbaren Urteilsausfertigung vgl. §§ 743, 744 ZPO. Ein Sonderkonkurs über das Gesamtgut erscheint in dieser Zwischenzeit nicht zulässig (Planck§ 1472 A 13, § 1546 A 2). Wird Konkurs über das gesamte Vermögen eines Ehegatten eröffnet, so findet die Auseinandersetzung zwischen den Anteilsberechtigten außerhalb des Konkursverfahrens statt (§§ 16, 51 KO). — Wird nach Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft durch den Tod des Mannes über das Vermögen der Witwe der Konkurs eröffnet, so ist die Konkursmasse nicht berechtigt, Grundstücke, die während der Errungenschaftsgemeinschaft zum Gesamtgute gehörten, für die Verbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin in Anspruch zu nehmen. Ihre Berechtigung beschränkt sich vielmehr auf den Anteil, der sich möglicherweise bei der Auseinandersetzung der Errungenschafts- und Erbengemeinschaft, die bis dahin eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bilden (§§ 1442, 1471), als Vermögensanteil der Gemeinschuldnerin ergibt, **RG** JW 10, 236[16].

§ 1547

[1])Endigt die Errungenschaftsgemeinschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes, so kann die Frau auf Wiederherstellung der Gemeinschaft klagen[2]). Das gleiche Recht steht, wenn die Gemeinschaft infolge einer Todeserklärung endigt, dem für tot erklärten Ehegatten zu, falls er noch lebt.

Wird die Gemeinschaft auf Grund des § 1418 Nr. 3 bis 5[3]) aufgehoben, so kann der Mann unter den Voraussetzungen des § 1425 Abs. 1 auf Wiederherstellung der Gemeinschaft klagen[4]).

E I 1430 Abs 1, 2 Satz 1 II 1442 M 4, 535 P 4, 372.

1. **Grund der Vorschrift.** Dem Wesen der Errungenschaftsgemeinschaft und einer billigen Rücksichtsnahme auf die Rechtslage der Ehegatten entspricht es, daß in gewissen Fällen die Frau, in andern der Mann die Wiederherstellung der Gemeinschaft verlangen und sich dadurch wieder einen Anteil an dem Erwerbe des andern Ehegatten sichern kann. Die Wiederherstelluug tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein (§ 1548). Vgl. auch § 1425 (verwandte Vorschriften des gesetzlichen Güterrechts).

2. Die **Klage** kann erst nach Eintritt der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses (§ 1543 A 3) erhoben werden und braucht nicht vor Beendigung des Konkursverfahrens anhängig gemacht zu sein (Prot 4, 373). In keinem der Fälle des § 1547 ist die Klage an eine Frist gebunden. Das Verfahren in Ehesachen findet keine Anwendung. Im Wege der **einstweiligen Verfügung** kann die Errungenschaftsgemeinschaft weder aufgehoben (§ 1542 A 4), noch wiederhergestellt werden. Im übrigen vgl. Erl. zu § 1425.

3. Keine Klage auf Wiederherstellung im Falle des § 1468 Nr 4 (vgl. § 1542).

4. Das Klagerecht auf Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft ist auf die Fälle des § 1547 beschränkt. In andern Fällen der Beendigung dieses Güterstandes (§ 1546 A 2) kann er nur durch Ehevertrag wiederhergestellt werden.

§ 1548

Die Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft tritt in den Fällen des § 1547 mit der Rechtskraft des Urteils[1]) ein. Die Vorschrift des § 1422 findet entsprechende Anwendung[2]).

Dritten gegenüber ist die Wiederherstellung, wenn die Beendigung in das Güterrechtsregister eingetragen worden ist, nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam[3]).

Im Falle der Wiederherstellung wird Vorbehaltsgut der Frau, was ohne die Beendigung der Gemeinschaft Vorbehaltsgut geblieben oder geworden sein würde[4]).

E I 1430 Abs 3 II 1443 M 4, 536 P 4, 372; 6, 290.

1. Das **Urteil** hat sonach rechtsgestaltende Wirkung. Es wird so angesehen, als ob mit der Rechtskraft des Urteils die Errungenschaftsgemeinschaft von neuem eintritt. Der

§ 1548 Abs 1 entspricht dem § 1425 Abs 2. Vgl. Erläuterungen dazu. Der Umstand, daß im Falle des § 1543 das Konkursverfahren zur Zeit der Rechtskraft des Wiederherstellungsurteils noch schwebt, hindert den Eintritt der neuen Errungenschaftsgemeinschaft nicht (a. M. Staudinger).

2. Nach Maßgabe des **§ 1422** haben Mann und Frau ihre Herausgabepflicht zu erfüllen, nämlich die Frau in Ansehung ihres an den Mann zur Verwaltung und Nutznießung herauszugebenden eingebrachten Gutes, Mann und Frau in Ansehung ihres zum Gesamtgut einzuwerfenden Erwerbes (a. M. Staudinger). Was z. B. der Mann nach Zustellung der Wiederherstellungsklage der Frau und vor Eintritt der Rechtskraft des Wiederherstellungsurteils erwirbt, hat er zum Gesamtgut nach Maßgabe des § 1422 herzugeben.

3. § 1548 Abs 2 entspricht dem § 1431 Abs 2. Zur **Eintragung in das Güterrechtsregister** genügt der Antrag eines Ehegatten bei Vorlegung des rechtskräftigen Wiederherstellungsurteils (§ 1561 Abs 3 Nr 1). Im übrigen vgl. Erläuterungen zu § 1435.

4. Was **Vorbehaltsgut** der Frau ist, bestimmt § 1526. Was als eingebrachtes Gut eines Ehegatten anzusehen ist, bestimmen die §§ 1520—1524 (vgl. § 1520 A 1). Der einem Ehegatten zur Zeit des Wiedereintritts der Errungenschaftsgemeinschaft noch gebührende Anteil an dem früheren Gesamtgute wird nun sein eingebrachtes Gut. Gesamtgut (§ 1519 A 1) wird, was die Ehegatten seit der Zustellung der Wiederherstellungsklage erwerben (vgl. A 2).

4. Fahrnisgemeinschaft

§ 1549

[1]Auf die Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft (Fahrnisgemeinschaft) finden die für die allgemeine Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften[2]) Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1550 bis 1557 ein anderes ergibt.

E I 1431 II 1444 M 4, 150 ff., 541 P 4, 373.

1. Die **Fahrnisgemeinschaft** des BGB stellt sich als eine Umgestaltung der allgemeinen Gütergemeinschaft dar. Von letzterer weicht sie hauptsächlich darin ab, daß zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen unterschieden wird. Das bewegliche Vermögen und die Errungenschaft werden grundsätzlich Gesamtgut. Das unbewegliche Vermögen (im Sinne des § 1551) jedes Ehegatten ist sein eingebrachtes Gut (in dem 1. Entwurf und den Motiven als Sondergut bezeichnet). Auf das eingebrachte Gut bei der Fahrnisgemeinschaft finden die Vorschriften über das eingebrachte Gut bei der Errungenschaftsgemeinschaft Anwendung (§ 1550 Abs 2). Hat keiner der Ehegatten unbewegliches Vermögen, so deckt sich die Fahrnisgemeinschaft — von einigen Abweichungen abgesehen — fast vollständig mit der allgemeinen Gütergemeinschaft. Das BGB hat die Fahrnisgemeinschaft als vertragsmäßigen Güterstand nur mit Rücksicht auf das frühere, weite Geltungsgebiet der ihr ähnlichen, französisch-rechtlichen Mobiliargemeinschaft aufgenommen, obwohl diesem Güterstande erhebliche, aus der veralteten Unterscheidung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen sich ergebende Mängel anhaften (M 4, 151; Prot 4, 376).

2. **Für die allgemeine Gütergemeinschaft geltende Vorschriften** §§ 4137—1518 BGB; §§ 740, 741, 742 Abs 2, 743, 744, 745 (§ 1557 BGB), 750 Abs 2, 794 Abs 2, 860 ZPO; §§ 2, 16, 51 KO. Vgl. die Erl. zu § 1550 (Gesamtgut, ehelicher Aufwand), §§ 1551—1554 (eingebrachtes Gut), § 1555 (Vorbehaltsgut), § 1556 (Schuldenhaftung) und § 1557 (fortgesetzte Fahrnisgemeinschaft, Beendigung des Güterstandes, Auseinandersetzung).

§ 1550

Von dem Gesamtgut[1]) ausgeschlossen ist das eingebrachte Gut[2]) eines Ehegatten.

Auf das eingebrachte Gut finden die bei der Errungenschaftsgemeinschaft für das eingebrachte Gut geltenden Vorschriften[3]) Anwendung[4]).

E I 1431 Abs 1, 1432 Abs 1 II 1445 M 4, 543, 548 P 4, 373.

1. **Gesamtgut.** Bei der Fahrnisgemeinschaft sind, wie bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519 A 1) zu unterscheiden: Gesamtgut der Ehegatten, eingebrachtes Gut des Mannes, eingebrachtes Gut der Frau und Vorbehaltsgut der Frau. Vorbehaltsgut des Mannes ist ausgeschlossen (§ 1555). Gesamtgut ist gemäß § 1438 alles, was die Ehegatten an Vermögensrechten beim Eintritte der Fahrnisgemeinschaft haben oder während derselben

erwerben, ausgenommen das, was die §§ 1551—1554 als eingebrachtes Gut eines Ehegatten bezeichnen (hauptsächlich das unbewegliche Vermögen) und das Vorbehaltsgut der Frau. Die Gesamtgutseigenschaft tritt kraft Gesetzes ein. Sie wird in das Grundbuch eingetragen. Daß ein Gegenstand ausnahmsweise zum eingebrachten Gute oder zum Vorbehaltsgute gehöre, hat zu beweisen, wer dies behauptet. Wie bei der Gütergemeinschaft stellt auch bei der Fahrnisgemeinschaft das Gesamtgut eine Gemeinschaft zur gesamten Hand dar (§ 1438 A 1, § 1442 A 1). Das Gesamtgut unterliegt der Verwaltung des Mannes wie bei der Gütergemeinschaft (§§ 1443—1458). Die in Fahrnisgemeinschaft lebenden Eheleute können gemeinsam einen Schadensersatzanspruch wegen einer der Frau zugefügten Körperverletzung geltend machen (RG 29. 1. 06 VI 173/05). Der eheliche Aufwand fällt dem Gesamtgute zur Last (§§ 1549, 1458).

2. Was **eingebrachtes Gut** ist, bestimmen erschöpfend die §§ 1551—1554.

3. Insbesondere die Vorschriften in §§ 1525, 1528, 1529 Abs 2, 1531, 1533, 1535, 1536 Nr 2, 4, 1537, 1539—1541, 1546 Abs 3. Danach wird das eingebrachte Gut vom Manne (§§ 1525 Abs 2, 1374) **für Rechnung des Gesamtguts verwaltet.** Die Nutzungen gehören zum Gesamtgute. Der § 1550 Abs 2 unterwirft das eingebrachte Gut bei der Fahrnisgemeinschaft eben denselben Bestimmungen, denen der § 1439 Satz 2 das Sondergut bei der allgemeinen Gütergemeinschaft unterwirft, nur daß auf ersteres auch § 1524 (mit der im § 1554 Satz 2 bezeichneten Ausnahme) Anwendung findet, auf letzteres nicht. Für die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut gelten §§ 739, 741, 742, 794 Abs 2, 861 (§ 1525 A 6) ZPO.

4. **Anfechtung.** Ein Ehevertrag, durch den der Güterstand der Fahrnisgemeinschaft in den der Gütertrennung umgewandelt wird, kann von den Gläubigern des Mannes aus § 3 Nr 4 des Anfechtungsgesetzes vom 20. 5. 98 insoweit angefochten werden, als die früher dem Gesamtgute zugeflossenen, dem Zugriffe der Gläubiger des Mannes unterworfenen Nutzungen des eingebrachten Gutes der Frau nunmehr bei Gütertrennung dem Zugriffe jener Gläubiger entzogen sind, §§ 1550 Abs 2, 1525, 1426; RG 57, 81. Vgl. auch § 1391 A 12.

§ 1551

Eingebrachtes Gut eines Ehegatten ist das unbewegliche Vermögen, das er bei dem Eintritte der Fahrnisgemeinschaft hat[1]) oder während der Gemeinschaft durch Erbfolge[2]), durch Vermächtnis[3]) oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht[4]), durch Schenkung[5]) oder als Ausstattung[6]) erwirbt[7]).

Zum unbeweglichen Vermögen[8]) im Sinne dieser Vorschrift gehören Grundstücke[9]) nebst Zubehör[10]), Rechte an Grundstücken[11]), mit Ausnahme der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden[12]) sowie Forderungen[13]), die auf die Übertragung des Eigentums an Grundstücken oder auf die Begründung oder Übertragung eines der bezeichneten Rechte oder auf die Befreiung eines Grundstücks von einem solchen Rechte gerichtet sind[14]).

E I 1432 II 1446 M 4, 548 P 4, 375; 5, 135.

1. Wegen des bedingten oder anfechtbaren Erwerbes oder noch nicht vollendeter Ersitzung vgl. § 1520 A 3.

2. Sei es durch gesetzliche oder testamentarische **Erbfolge** oder auf Grund eines Erbvertrags.

3. **Vermächtnis** §§ 1939, 2147—2191.

4. Erwerb **mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht** vgl. § 1521 A 3.

5. Erwerb durch **Schenkung** vgl. § 1521 A 4.

6. Erwerb als **Ausstattung** vgl. § 1521 A 5.

7. Unbewegliches Vermögen, das ein Ehegatte während der Gemeinschaft auf andere als die im § 1551 Abs 1 bezeichnete Art, z. B. durch Kauf erwirbt, wird Gesamtgut, es sei denn, daß es unter eine der Bestimmungen in den §§ 1552—1554 fiele oder zum Vorbehaltsgute der Frau gehörte.

8. Was zum **unbeweglichen Vermögen** im Sinne des § 1551 gehört, führt der zweite Absatz erschöpfend auf.

9. Den **Grundstücken** stehen das Erbbaurecht (§ 1017) und diejenigen Rechte gleich, welche landesgesetzlich gemäß Artt 63, 67, 68, 69, 196 EG den Vorschriften des BGB über Grundstücke unterworfen sind (z. B. die Jagd- und Fischereirechte).

10. **Zubehör** §§ 97, 98.

11. **Rechte an Grundstücken** (und an den den Grundstücken gleichgestellten Rechten, A 9) sind die Dienstbarkeiten, das dingliche Vorkaufsrecht (§§ 1094 ff.) und die Reallasten. Zum unbeweglichen Vermögen gehört auch der Nießbrauch an einem Grundstück oder einem

dem Grundstücke gleichstehenden Rechte. Der Nießbrauch an andern Rechten gehört zum beweglichen Vermögen (Prot 4, 375).

12. Zu den **ausgenommenen** Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden gehören auch Eigentümerhypotheken, Eigentümergrundschulden und Eigentümerrentenschulden. — Aus § 1551 ergibt sich, daß das BGB die Hypotheken nicht einmal zum unbeweglichen Vermögen rechnet, geschweige denn als unbewegliche Sachen ansieht. Für die Klage auf Löschung einer Hypothekpfändung (oder -Verpfändung) ist daher nicht der Gerichtsstand der belegenen Sache (§ 24 ZPO) begründet, RG 51, 231.

13. Zu den hier bezeichneten **Forderungen** gehört namentlich das persönliche Vorkaufsrecht (§§ 504 ff.). Fällt eine von mehreren wahlweise geschuldeten Leistungen (§ 262) unter § 1551 Abs 2, so gehört die Forderung bis zur Wahl zum eingebrachten Gute und die Wahl selbst ist als eine Verfügung über eingebrachtes Gut zu behandeln. Die auf Grund einer Forderung der im § 1551 Abs 2 bezeichnete Art bewirkten Leistung fällt gemäß §§ 1554 Satz 1, 1524 in das eingebrachte Gut, selbst wenn sie nicht zum unbeweglichen Vermögen im Sinne des § 1551 Abs 2 gehört (z. B. die Leistung in Geld wegen Unmöglichkeit der Leistung in Natur).

14. Unbewegliches Vermögen, das beiden Ehegatten schon vor Beginn der Errungenschaftsgemeinschaft gemeinschaftlich gehörte, wird **gemeinschaftliches eingebrachtes Gut**, nicht Gesamtgut (vgl. § 1520 A 3). Dasselbe gilt von dem während der Gemeinschaft auf die im § 1551 Abs 1 bezeichnete Weise gemeinschaftlich erworbenen unbeweglichen Vermögen. Besteht der auf ebendieselbe Weise gemachte Erwerb teils in unbeweglichem teils in beweglichem Vermögen, so wird — unbeschadet der Bestimmungen der §§ 1552—1554 und über Vorbehaltsgut der Frau — das unbewegliche Vermögen eingebrachtes Gut, das bewegliche Vermögen Gesamtgut. Erwirbt ein Ehegatte als Miterbe so entscheidet sich die Frage, ob er unbewegliches oder bewegliches Vermögen, bezw. beides erworben hat, nach dem Bestande der ungeteilten Erbschaft, nicht nach dem Ergebnisse der Teilung (M 4, 549). Wird er z. B. für seinen Anteil an einem geerbten Grundstücke mit Geld abgefunden, so wird letzteres eingebrachtes Gut. Dies entspricht auch der Ersetzungskraft des eingebrachten Gutes (vgl. § 1524 A 1). A. M. Staudinger. Nach denselben Grundsätzen entscheidet sich auch der Erwerb von Miteigentum. Zulässig ist es, den Erwerb durch Ehevertrag dem Gesamtgute, bezw. dem eingebrachten Gute eines Ehegatten oder Vorbehaltsgute der Frau zuzuweisen (vgl. § 1521 A 7, § 1520 A 4). Austauschgeschäfte zwischen den einzelnen Gütermassen sind nicht ausgeschlossen (Prot 4, 377).

§ 1552

Eingebrachtes Gut eines Ehegatten sind Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können[1]).

E I 1432 Abs 1 II 1447 M 4, 543, 548 P 4, 375.

1. **Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können,** bilden bei der allgemeinen Gütergemeinschaft das Sondergut (§ 1439) und sind bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1522) ebenso wie bei der Fahrnisgemeinschaft eingebrachtes Gut. Vgl. die Erl. zu §§ 1439, 1522. Dem im § 1552 bezeichneten eingebrachten Gute fehlt — übereinstimmend mit der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1439) und abweichend von der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1524) — eigene **Ersetzungskraft.** Der sog. Surrogationsgrundsatz findet also keine Anwendung (§ 1554 Satz 2; vgl. auch § 1370).

§ 1553

Eingebrachtes Gut eines Ehegatten ist:

1. was durch Ehevertrag für eingebrachtes Gut erklärt ist[1]);

2. was er nach § 1369 erwirbt, sofern die Bestimmung dahin getroffen ist, daß der Erwerb eingebrachtes Gut sein soll[2]).

E I 1432 Abs 1 II 1448 M 4, 544 P 4, 376.

1. **Eingebrachtes Gut kraft Ehevertrags.** Die gleiche Bestimmung trifft § 1523 für die Errungenschaftsgemeinschaft. Vgl. Erl. zu § 1523.

§ 1554

Eingebrachtes Gut eines Ehegatten ist, was er in der im § 1524 bezeichneten Weise erwirbt[1]). Ausgenommen ist, was an Stelle von Gegenständen

erworben wird, die nur deshalb eingebrachtes Gut sind, weil sie nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können[2]).

E I 1432 Abs 1 II 1449 M 4, 544 P 4, 376.

1. § 1554 Satz 1 bringt für die Fahrnisgemeinschaft den bei der Errungenschaftsgemeinschaft geltenden Grundsatz zur Anerkennung, daß das eingebrachte Gut gleichsam eigene **Ersetzungskraft** besitzt (sogenannter Surrogationsgrundsatz). Vgl. § 1524 und Erläuterungen. Die Ausnahme, daß der Erwerb aus dem Betrieb eines zum eingebrachten Gute gehörenden Erwerbsgeschäftes Gesamtgut wird, gilt auch hier. Nutzungen des eingebrachten Gutes werden Gesamtgut (§ 1550 Abs 2, § 1525 Abs 1).

2. Diese **Ausnahme** ist auch für das Sondergut der allgemeinen Gütergemeinschaft bestimmt worden (§ 1439 Satz 2). Die Ausnahme beschränkt sich auf Gegenstände, die nur wegen ihrer Unübertragbarkeit, nicht auch aus andern Gründen (z. B. in Fällen des § 1553) eingebrachtes Gut sind. Anders bei der Errungenschaftsgemeinschaft (vgl. § 1524 A 2). — Die im § 1524 Abs 2 enthaltene, den Schutz des gutgläubigen Schuldners bezweckende Bestimmung gilt hier ebenfalls (§ 1550 Abs 2). — Aus §§ 1550 Abs 2, 1525 Abs 2 ergibt sich, daß auch die Ersetzungsgrundsätze der §§ 1381, 1382 hier Anwendung finden.

§ 1555

Vorbehaltsgut des Mannes[1]) **ist ausgeschlossen**[2]).

E I 1432 Abs 1, 1346 II 1450 M 4, 543 P 4, 376.

1. **Vorbehaltsgut des Mannes** ist bei der Fahrnisgemeinschaft wie beim gesetzlichen Güterrechte und bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1526 Abs 2) **ausgeschlossen.** Anders bei der Gütergemeinschaft (§ 1440). Unzulässig ist es, durch Ehevertrag Vorbehaltsgut des Mannes zu schaffen, dagegen ist es zulässig, durch Ehevertrag in Abweichung von § 1525 Abs 1 dem Manne die Einkünfte seines eingebrachten Gutes zuzuweisen (vgl. § 1526 A 3).

2. **Vorbehaltsgut der Frau ist nicht ausgeschlossen** (§§ 1549, 1440). Vorbehaltsgut der Frau ist, was durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut der Frau erklärt ist oder von ihr nach § 1369 oder § 1370 erworben wird (§ 1440 Abs 2). Ebenso bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1526 Abs 1). Gesetzliches Vorbehaltsgut (§§ 1366, 1367) der Frau gibt es nicht. Im übrigen vgl. Erläuterungen zu §§ 1526, 1440.

§ 1556

[1])**Erwirbt ein Ehegatte während**[2]) **der Fahrnisgemeinschaft durch Erbfolge, durch Vermächtnis oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung**[3]) **Gegenstände, die teils Gesamtgut, teils eingebrachtes Gut werden, so fallen die infolge des Erwerbes entstehenden Verbindlichkeiten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgut und dem Ehegatten, der den Erwerb macht, verhältnismäßig**[4]) **zur Last**[5]).

E I 1433 II 1451 M 4, 551 P 4, 377; 5, 135.

1. **Schuldenhaftung der Ehegatten im Verhältnisse zueinander.** Der § 1556 betrifft die Haftung der Ehegatten für Verbindlichkeiten und zwar nur in bezug auf das innere Verhältnis der Ehegatten zueinander. Der § 1556 bestimmt für gewisse Fälle eine Ausnahme von der Regel. Als Regel gilt gemäß § 1549 der bei der allgemeinen Gütergemeinschaft herrschende Grundsatz, daß alle Gesamtgutsverbindlichkeiten auch im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgute zur Last fallen (§ 1463 A 1). Die für die Gütergemeinschaft in den §§ 1463—1465 bestimmten Ausnahmen gelten gemäß § 1549 auch für die Fahrnisgemeinschaft. Weitere Ausnahmen ergeben sich daraus, daß gemäß § 1550 Abs 2 für die Fahrnisgemeinschaft in Ansehung des eingebrachten Gutes die für die Errungenschaftsgemeinschaft in den §§ 1535—1537 über die Schuldenhaftung der Ehegatten im Verhältnisse zueinander erteilten Vorschriften gelten (vgl. Erläuterungen zu §§ 1463—1465, 1535—1537). Den bezeichneten Ausnahmevorschriften geht aber die Bestimmung des § 1556 vor.

2. Für den vor Eintritt der Fahrnisgemeinschaft gemachten Erwerb verbleibt es bei der Regel (A 1).

3. Vgl. § 1551 A 2—6 und Hinweise.

4. Die Verbindlichkeiten fallen **verhältnismäßig** dem Gesamtgut und dem Ehegatten, der den Erwerb macht, zur Last. Dadurch wird ausgedrückt, daß das Verhältnis des Wertes der den Gesamtgut erworbenen Gegenstände zu dem Werte der dem eingebrachten Gute erworbenen Gegenstände den Verteilungsmaßstab abgibt. Beispiel: Ein Ehegatte erbt ein mit 30 000 Mk. Hypotheken belastetes Grundstück im Werte von 50 000 Mk. und ausstehende

Forderungen im Gesamtbetrage von 10 000 Mk. Sein eingebrachtes Gut erhält also einen Wertzuwachs von 50 000 Mk., das Gesamtgut 10 000 Mk. Außer den Hypotheken von 30 000 Mk. sind 3000 Mk. Nachlaßschulden vorhanden, zusammen 33 000 Mk. Diese sind nach dem Verhältnisse von 50 000 zu 10 000 zu verteilen. Mithin fallen dem eingebrachten Gute 5/6 = 27 500 Mk., dem Gesamtgute 1/6 = 5500 Mk. zur Last. Demzufolge ist der aus §§ 1550 Abs 2, 1535 Nr 1 sich ergebende Verteilungsmaßstab, wonach die auf dem Grundstücke haftenden Schulden dem unbeweglichen Vermögen, also dem eingebrachten Gute, die übrigen Schulden aber dem Gesamtgute zur Last fallen müßten, hier außer Anwendung gesetzt. Das BGB hat die Bestimmung des § 1556 nur mit Rücksicht auf die gleichen, in den früheren französischrechtlichen Gebieten ausgebildeten Grundsätze trotz der mit der Wertsberechnung zum Teil verbundenen Schwierigkeiten aufgenommen (M 4, 552).

5. **Die Schuldenhaftung der Ehegatten im Verhältnisse zu den Gläubigern** läßt der § 1556 unberührt. In dieser Beziehung verbleibt es bei der Regel des § 1459 Abs 1 (§ 1549), daß das Gesamtgut für die Schulden des Mannes ausnahmslos haftet. Zwar gelten nach § 1550 Abs 2 in Ansehung des eingebrachten Gutes die Vorschriften über die Errungenschaftsgemeinschaft, aber auch nach diesen (§ 1530 Abs 1) haftet das Gesamtgut für die Verbindlichkeiten des Mannes. Mithin macht es keinen Unterschied, ob sich die Schuld des Mannes auf das Gesamtgut oder sein eingebrachtes Gut bezieht. Auch für die Schulden der Frau haftet das Gesamtgut (§§ 1459 Abs 1, 1549). Ausnahmen ergeben sich jedoch aus den §§ 1460—1462 (1549) und den §§ 1531—1534 (1550 Abs 2). Vgl. Erläuterungen dazu. Für Verbindlichkeiten der Frau, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, haftet der Mann auch persönlich als Gesamtschuldner. Diese Haftung erlischt aber mit der Beendigung der Fahrnisgemeinschaft, wenn die Verbindlichkeit im Verhältnisse der Ehegatten zueinander nicht dem Gesamtgute zur Last fällt (§§ 1459 Abs 2, 1549). Für Verbindlichkeiten des Mannes haftet die Frau nicht. Ihren Gläubigern haftet sie mit ihrem eingebrachten Gute und Vorbehaltsgute, jedoch mit ersterem nur innerhalb der durch §§ 1412—1414 gezogenen Schranken (§§ 1549, 1550 Abs 2, 1525 Abs 2).

§ 1557

[1])Fortgesetzte Gütergemeinschaft[2]) tritt nur ein, wenn sie durch Ehevertrag[3]) vereinbart ist[4]) [5]).

E I 1434 II 1452 M 4, 552 P 4, 378.

1. **Für die Beendigung der Fahrnisgemeinschaft** gelten gemäß § 1549 die Vorschriften über die Beendigung der allgemeinen Gütergemeinschaft (§§ 1468—1482). Die Beendigungsgründe (§ 1468 A 1) sind die gleichen. Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Ehegatten beendigt die Fahrnisgemeinschaft nicht. Die Auseinandersetzung erfolgt, soweit nicht eine andere Vereinbarung getroffen ist, nach den §§ 1475—1481 (§§ 1549, 1474), jedoch sind für die Herausgabe des eingebrachten Gutes gemäß § 1550 Abs 2 die entsprechenden Vorschriften bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1539—1541, 1546 Abs 3) anwendbar. Wegen der Vermittelung der Auseinandersetzung durch das Amtsgericht vgl. §§ 99, 193 FGG.

2. **Fortsetzung der Fahrnisgemeinschaft.** Die allgemeine Gütergemeinschaft wird nach dem Tode eines Ehegatten zwischen dem überlebenden Ehegatten und dem gemeinschaftlichen Abkömmlinge fortgesetzt. Die Fortsetzung tritt kraft Gesetzes ein (§ 1483 A 4). Bei der Errungenschaftsgemeinschaft ist fortgesetzte Gemeinschaft überhaupt ausgeschlossen (§ 1546 A 1). Bei der Fahrnisgemeinschaft ist (auf Beschluß der 2. Kommission, Prot 4, 377) nur die vertragsmäßige Einführung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gestattet, obwohl das französische Recht die Fortsetzung nicht kennt. Die fortgesetzte Fahrnisgemeinschaft untersteht den für die fortgesetzte Gütergemeinschaft geltenden Regeln (§§ 1483—1518), wie sich denn auch die Fahrnisgemeinschaft beim Mangel unbeweglichen Vermögens mit der allgemeinen Gütergemeinschaft fast vollständig deckt (§ 1549 A 1). Die fortgesetzte Fahrnisgemeinschaft bezieht sich nur auf das Gesamtgut. Das Gesamtgut der fortgesetzten Fahrnisgemeinschaft besteht aus dem ehelichen Gesamtgut der Fahrnisgemeinschaft, soweit es nicht nach § 1483 Abs 2 einem nicht anteilsberechtigten Abkömmlinge zufällt, und aus dem Vermögen, das der überlebende Ehegatte aus dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten oder nach dem Eintritte der fortgesetzten Fahrnisgemeinschaft erwirbt, soweit dieser Erwerb nach §§ 1549—1555 beim Bestehen der ehelichen Fahrnisgemeinschaft als Gesamtgut anzusehen wäre (§ 1485). Zum Nachlasse des verstorbenen Ehegatten gehören sein eingebrachtes Gut und, wenn die Frau gestorben ist, ihr Vorbehaltsgut. Dieses Vermögen vererbt sich nach den gewöhnlichen Vorschriften. Nicht zum Gesamtgut gehört das Vermögen eines anteilsberechtigten Abkömmlinges (§ 1485 Abs 2). Eingebrachtes Gut des überlebenden Ehegatten ist bei der fortgesetzten Fahrnisgemeinschaft das, was er bei der ehelichen

Fahrnisgemeinschaft als eingebrachtes Gut besessen hat und was nach §§ 1551—1554 eingebrachtes Gut werden würde, falls eheliche Fahrnisgemeinschaft bestände. Auf das eingebrachte Gut des überlebenden Ehegatten sind die Grundsätze anzuwenden, die für das eingebrachte Gut des Mannes während der ehelichen Fahrnisgemeinschaft gelten (§ 1487 Abs 1, Halbs 2). Die Nutzungen des eingebrachten Gutes des überlebenden Ehegatten fallen in das Gesamtgut (§§ 1550 Abs 2, 1525). Vorbehaltsgut der überlebenden Frau ist bei der fortgesetzten Fahrnisgemeinschaft das, was sie bei der ehelichen Fahrnisgemeinschaft als Vorbehaltsgut besessen hat und was nach § 1486 Abs 1 Vorbehaltsgut werden würde, falls eheliche Fahrnisgemeinschaft bestände. Vorbehaltsgut des überlebenden Mannes ist ausgeschlossen (§ 1555).

3. Der **Ehevertrag** kann bis zum Tode eines der Ehegatten vereinbart werden und unterliegt den allgemeinen Vorschriften (§§ 1432 ff.). Auch § 1437 erscheint anwendbar. Stirbt ein Ehegatte, ohne daß ein die Fortsetzung der Fahrnisgemeinschaft vereinbarender Ehevertrag geschlossen worden ist, so tritt Beerbung nach allgemeinen Grundsätzen ein. Zum Nachlasse des verstorbenen Ehegatten gehören sein Anteil am Gesamtgute, sein eingebrachtes Gut und, wenn die Frau gestorben ist, ihr Vorbehaltsgut.

4. **Ablehnungsrecht des überlebenden Ehegatten.** Der überlebende Ehegatte kann die vertragsmäßig vereinbarte Fortsetzung der Fahrnisgemeinschaft ablehnen (§ 1484 BGB; § 9 KO). §§ 1508, 1509 sind sinnentsprechend anwendbar.

5. **Zwangsvollstreckung. Konkurs.** Vgl. §§ 743, 744, 745, 794 Abs 2, 860 ZPO und §§ 2 Abs 3, 236 KO, welche Vorschriften hier anwendbar sind. Vgl. auch Erläuterungen in § 1488 A 5, § 1497 A 4.

III. Güterrechtsregister

§ 1558

Die Eintragungen[1]) in das Güterrechtsregister[2]) haben bei dem Amtsgerichte zu geschehen, in dessen Bezirke der Mann seinen Wohnsitz hat[3]).

Durch Anordnung der Landesjustizverwaltung kann die Führung des Registers für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht übertragen werden[4]).

E I 1436 Satz 1 II 1453 Abs 1, 1454 M 4, 555 P 4, 381 ff.

1. **Eintragungen.** § 1558 Abs 1 handelt von den Eintragungen, d. h. von den durch das Gesetz zur Wirksamkeit der Tatsache gegen Dritte vorgeschriebenen Eintragungen in das Güterrechtsregister. Die Eintragung ist vorgeschrieben in § 1357 Abs 2 Satz 3 für die Beschränkung und Ausschließung der Schlüsselgewalt der Frau durch den Mann, in § 1364 (1431) für den Nichteintritt der Verwaltung und Nutznießung des Mannes einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Frau, in § 1371 (1431, 1435) für das Vorbehaltsgut der Frau beim gesetzlichen Güterrechte, in § 1431 für die Gütertrennung und die Wiederherstellung der Verwaltung und Nutznießung in den Fällen des § 1425, in § 1435 für die Ausschließung oder Änderung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes durch Ehevertrag, in § 1441 (1431, 1435) für das Vorbehaltsgut der Frau bei Gütergemeinschaft, in § 1470 für die Aufhebung der Gütergemeinschaft durch Urteil in den Fällen der §§ 1468, 1469, in § 1526 für das Vorbehaltsgut der Frau bei der Errungenschaftsgemeinschaft, in § 1545 für die Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft in den Fällen der §§ 1542—1544, in § 1548 für die Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft durch Urteil in den Fällen des § 1547, in § 1549 für gewisse Fälle (§§ 1441, 1470) bei der Fahrnisgemeinschaft und in § 1587 für die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach deren urteilsmäßiger Aufhebung. Fortgesetzte Gütergemeinschaft (§ 1483) wird in das Güterrechtsregister nicht eingetragen, weil dasselbe nur dazu dient, die während der Ehe bestehenden güterrechtlichen Verhältnisse kundzutun. Ferner ist die Eintragung hinsichtlich aller Güterstände (mit Ausnahme der Gütertrennung) in den §§ 1405 Abs 3, 1452, 1519 Abs 2, 1525 Abs 2, 1549, 1550 Abs 2, für den Einspruch des Mannes gegen den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch die Frau und den Widerruf seiner Einwilligung vorgeschrieben. Gleiches wird auch von der Zurücknahme des Einspruchs oder Widerrufs gelten müssen. In andern als den vom Gesetz als eintragungspflichtig bezeichneten Fällen findet eine Eintragung in das Güterrechtsregister nicht statt. Der Richter hat die in nicht eintragungspflichtigen Fällen beantragte Eintragung als unzulässig abzulehnen, desgleichen sachwidrige, überflüssige, unvollständige, unklare oder widerspruchsvolle Anträge zu beanstanden. Anderseits bezieht sich in gesetzlich zulässigen Eintragungsfällen seine Prüfungspflicht nicht auf die Frage, ob die in gehöriger Form angebrachten Erklärungen und Anträge der Wirklichkeit entsprechen. Eine

unzulässigerweise bewirkte Eintragung ist von Amts wegen zu löschen (§§ 161, 142, 143 FGG). Eine Eintragung verliert ihre Wirkung für die Zukunft dadurch, daß eine den Inhalt der früheren Eintragung zurücknehmende oder mit ihr in Widerspruch tretende Tatsache eingetragen wird, selbst wenn die neu eingetragene Tatsache in Wirklichkeit nicht besteht (M 4, 554). Da alle Eintragungen nur für die Zeit während der Ehe, nicht für die Zeit vor der Ehe Zweck und Bedeutung haben, so werden sie naturgemäß erst nach dem Zeitpunkte der Eheschließung zu bewirken sein. Die vorher bewirkten Eintragungen sind zwar zunächst bedeutungslos, treten aber mit dem Beginne der Ehe in Wirksamkeit.

2. **Güterrechtsregister.** Gewisse Tatsachen können billigerweise einem Dritten gegenüber Wirksamkeit nur beanspruchen, wenn er sie kannte oder kennen mußte. Die Einrichtung eines öffentlichen Güterrechtsregisters bezweckt, jedem Dritten die Möglichkeit zu gewähren, von der betreffenden Tatsache Kenntnis zu erhalten. Die Nichtkenntnis einer durch Eintragung in das Güterrechtsregister kundgegebenen Tatsache muß dann als Mangel an Sorgfalt angesehen werden. Wesentlich ist dabei nur die Eintragung der Tatsache in das Güterrechtsregister, nicht die Veröffentlichung (§ 1562). Ist die Tatsache weder eingetragen, noch dem Dritten bekannt, so wird sein guter Glaube dadurch geschützt, daß die Tatsache ihm gegenüber unwirksam ist. Daraus ergibt sich für die Ehegatten genügender Anlaß, für die Eintragung der Tatsache in das Gütererechtsregister zu sorgen. Es bleibt ihnen überlassen, die erforderlichen Anträge zu stellen. Zwang wird nicht ausgeübt. **Die** Rechtsstellung des Dritten wird im § 1435 grundsätzlich bestimmt. Auf § 1435 verweisen zahlreiche andere Gesetzesstellen. Welche Tatsachen eintragungsbedürftig sind, darüber vgl. A 1. Die Bestimmungen des BGB über das Güterrechtsregister (§§ 1558—1563) werden durch die §§ 161, 162 FGG ergänzt. Dazu treten die auf Beschluß des Bundesrats vom 3. 11. 98 beruhenden Bestimmungen über das Güterrechtsregister vom 12. 11. 98 (RZBl 98, 438) und die landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen. — Erkenntnisquelle in Ansehung der güterrechtlichen Verhältnisse eines Ehegatten ist jetzt ausschließlich das Güterrechtsregister und zwar gleichviel, ob der Ehemann Kaufmann ist oder nicht (**RG** 63, 245).

3. **Gerichtszuständigkeit.** Hat der Mann an mehreren Orten den Wohnsitz (§ 7 Abs 2), so genügt, wie die Motive Bd 4 S 555 ausdrücklich hervorheben, in Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung die Veröffentlichung bei dem Amtsgerichte des einen oder andern Ortes. Daran wird festzuhalten sein. A. M. Staudinger und andere Schriftsteller, die annehmen, daß die Eintragung bei sämtlichen Amtsgerichten zu erfolgen hat, in deren Bezirke der Mann einen Wohnsitz hat. Nach der hier vertretenen Auffassung wird dem Dritten allerdings zugemutet, sich stets über das etwaige Vorhandensein mehrerer Wohnsitze zu vergewissern und gegebenenfalls die mehreren Güterrechtsregister einzusehen. Willkürlicher Wechsel in der Benutzung der Güterrechtsregister verbietet sich von selbst. Z. B. wird die Zurücknahme eines Einspruchs in dem Register einzutragen sein, in dem der Einspruch selbst eingetragen ist. Hat der Mann im Inlande keinen Wohnsitz, so fehlt es an einem zuständigen Registergericht. Mithin können Eintragungen überhaupt nicht bewirkt werden. Demzufolge können die Ehegatten gemäß § 1435 einem Dritten gegenüber nur geltend machen, daß ihm die fragliche Tatsache bekannt gewesen sei. In solchen Fällen werden die nach § 34 GO und § 107 FGG auszustellenden Zeugnisse durch öffentliche Urkunden (z. B. Vorlegung des Ehevertrags) ersetzt. Für den Fall der Verlegung des Wohnsitzes trifft § 1559 Bestimmung. Der Wohnsitz des Mannes ist für die Gerichtszuständigkeit auch dann bestimmend, wenn die Frau den Wohnsitz des Mannes nicht teilt (§ 10 Abs 1 Satz 2). In einzelnen Fällen muß die Eintragung nicht nur bei dem nach § 1558 zuständigen Amtsgerichte, sondern auch noch bei einem andern Registergerichte erfolgen. Vgl. hierüber Art 4 EGzHGB (Kaufleute) und § 11a Abs 2 Satz 2 GewO in der durch EGzBGB Art 36 I geänderten Fassung (gewerbetreibende Ehefrau). Für ausländische Ehegatten und Ehegatten, die nach der Eingehung der Ehe die Reichsangehörigkeit erworben haben, kommen die Vorschriften des Art 16 EG in Betracht. Die Eintragung in das Register eines unzuständigen Gerichts ist unwirksam.

4. Über die **Beschwerde** entscheidet das dem registerführenden Amtsgerichte vorgesetzte Landgericht (§ 19 FGG).

§ 1559

Verlegt[1]) der Mann nach der Eintragung seinen Wohnsitz in einen andern[2]) Bezirk, so muß die Eintragung im Register dieses Bezirkes wiederholt werden[3]). Die frühere Eintragung gilt als von neuem erfolgt, wenn der Mann den Wohnsitz in den früheren Bezirk zurückverlegt[4]) [5]).

E I 1436 Satz 2 II 1453 Abs 2 Satz 1, 3 M 4, 556 P 4, 386; 5, 141.

1. **Verlegung des Wohnsitzes** setzt Aufgabe des bisherigen Wohnsitzes voraus. Wird der bisherige Wohnsitz beibehalten, so kommen die Bestimmungen über das gleichzeitige Bestehen mehrerer Wohnsitze zur Anwendung (vgl. § 1558 A 3).

2. Ein **anderer Bezirk** als derjenige, innerhalb dessen sich der bisherige Wohnsitz befand oder der infolge Anordnung der Landesjustizverwaltung nach § 1558 Abs 2 als Bezirk des zuständigen Registergerichts galt. § 1559 findet auch Anwendung, wenn beim Vorhandensein mehrerer Wohnsitze gerade derjenige Wohnsitz verlegt wird, bei dessen Registergerichte die Eintragung erfolgt ist (vgl. § 1558 A 3).

3. **Wiederholung der Eintragung.** Diese Muß-Vorschrift ergibt, daß die frühere Eintragung mit der Verlegung des Wohnsitzes ihre Wirksamkeit verliert. Mit Rücksicht auf die Möglichkeit ihrer Wiederauflebung (§ 1559 Satz 2) ist es jedoch nicht angebracht, sie von Amts wegen zu löschen. Die Ehegatten müssen also, um sich die Wirksamkeit der Eintragung Dritten gegenüber für die Zukunft zu sichern, für die Wiederholung der Eintragung sorgen. Anderseits wird dem Dritten zugemutet, sich zu vergewissern, ob der Ehemann in dem Bezirke desjenigen Registergerichts noch wohnt, in dessen Register die Eintragung steht. Eine Frist zur Stellung des Eintragungsantrags ist nicht bestimmt. Aus dem alphabetischen Verzeichnisse (§ 16 der vom Bundesrate beschlossenen Bestimmungen vom 12. 11. 98) ergeben sich die Namen der Ehemänner, für die Eintragungen bewirkt sind.

4. Infolge **Zurückverlegung des Wohnsitzes** gilt die frühere, nicht etwa inzwischen gelöschte Eintragung von neuem, selbst wenn die wiederholte Eintragung abweicht und nicht gelöscht ist. Die im Register des Zwischenwohnsitzes erfolgten Eintragungen verlieren mit der Zurückverlegung des Wohnsitzes ihre Wirksamkeit.

5. § 1559 findet entsprechende Anwendung auf die Verlegung der Niederlassung eines **Kaufmanns** (Art 4 Abs 2 EGzHGB).

§ 1560

Eine Eintragung[1]) in das Register soll[2]) nur auf Antrag[3]) und nur insoweit[4]) erfolgen, als sie beantragt ist. Der Antrag ist in öffentlich beglaubigter Form zu stellen[5]) [6]).

E I 1437 Abs 1 Satz 1, 2 Abs 2 Satz 1, 3 II 1455 M 4, 557 P 4, 389; 5, 164.

1. Eine **Eintragung** in das Register stellt nicht nur der ursprüngliche Vermerk dar, sondern auch jeder auf dessen Ergänzung, Abänderung oder Löschung gerichtete Vermerk. Jede Eintragung soll den Tag, an welchem sie erfolgt ist, angeben und mit der Unterschrift des zuständigen Beamten versehen werden (§§ 161, 130 FGG; § 3 der BRBest v. 12. 11. 98). Im übrigen ist es Aufgabe des Registergerichts, der Eintragung eine sachgemäße Fassung zu geben. An den Wortlaut des Antrags ist es nicht gebunden. So ist z. B. eine Vereinbarung, wonach das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Frau Vorbehaltsgut sein soll, als Vereinbarung der Gütertrennung anzusehen (§ 1368 A 1) und kann als Gütertrennung eingetragen werden. Ist einer der vom BGB geregelten vertragsmäßigen Güterstände (Allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft, Fahrnisgemeinschaft) oder ist Gütertrennung vereinbart, so genügt es, einzutragen, daß der so benannte Güterstand vereinbart sei.

2. Das Wörtchen **„soll“** drückt aus, daß es sich nur um eine Ordnungsvorschrift handelt (Prot 4, 389). Die ohne Antrag bewirkte Eintragung ist also, wenngleich unzulässigerweise bewirkt, gültig. Wegen ihrer Löschung vgl. A 3.

3. **Nur auf Antrag** soll eine Eintragung erfolgen, weil das Gesetz den Ehegatten nur ermöglichen will, sich durch Vermittelung des Güterrechtsregisters vor den Nachteilen zu schützen, die sich sonst für sie aus dem guten Glauben Dritter ergeben würden (§ 1558 A 2). Von Amts wegen tritt das Registergericht nicht in Tätigkeit. Allerdings sind Vermerke, die unzulässigerweise (z. B. wegen Mangels eines Antrags oder wegen Unzuständigkeit des Gerichts) bewirkt worden sind, von Amts wegen zu löschen (§§ 161, 142, 143 FGG).

4. Das Wörtchen **„insoweit“** drückt aus, daß es den Ehegatten überlassen bleiben soll, den Inhalt der Eintragung auch seinem Umfange nach zu bestimmen. Sie brauchen nicht alles zu veröffentlichen, was sie zu veröffentlichen befugt wären. Insbesondere können sie bestimmen, auf welchen Teil eines Ehevertrags sich die Eintragung beschränken soll. Der Ehevertrag braucht auch nur insoweit auszugsweise vorgelegt zu werden. Für den nicht eingetragenen Teil können natürlich nicht die Rechtswirkungen aus § 1435 beansprucht werden. Anderseits ist die Eintragung insoweit, als sie über den Antrag hinausgeht, wirksam (vgl. A 2).

5. **Form des Antrags.** Vgl. § 129 BGB, §§ 167, 183, 191 Abs 2 FGG. Ein formungültiger Antrag ist kein Antrag. Die daraufhin bewirkte Eintragung ist zwar unzulässig und muß von Amts wegen gelöscht werden, hat aber bis dahin Wirksamkeit (A 2, 3). Der Antrag kann im Ehevertrage Platz finden. Die Formvorschrift ist auch zu beobachten, wenn der Güterstand durch Urteil aufgehoben ist oder infolge Konkurseröffnung endet. Es ist zulässig, den Antrag vor der Ehe zu stellen. Darüber, daß es unzulässig ist, die Eintragung vor der Eheschließung zu bewirken, vgl. § 1558 A 1. Zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Registergerichts können Anträge und Erklärungen (§ 11 FGG) nicht erfolgen, wohl aber **Anmeldungen** zur Eintragung in das Güterrechtsregister (§§ 161, 128 FGG)

6. **Bevollmächtigung** zur Antragstellung ist nicht ausgeschlossen (Prot 4, 389). Der Notar, der die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt, gilt nach §§ 161, 129 FGG als ermächtigt, im Namen desjenigen, dessen Erklärung er beurkundet oder beglaubigt hat, die Eintragung zu beantragen. Die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung umfaßt auch die Erklärung des Antrags des nach § 1561 zum Antrage Berechtigten. Gilt der Notar als zur Antragstellung ermächtigt, so findet auf seinen Antrag die Formvorschrift des § 1560 Satz 2 keine Anwendung. Über das Beschwerderecht des Notars vgl. §§ 161, 129, 124 FGG.

§ 1561

[1]Die Eintragung erfolgt in den Fällen des § 1357 Abs. 2[2]) und des § 1405 Abs. 3[3]) auf Antrag des Mannes[4]).

In den andern Fällen[5]) ist der Antrag beider Ehegatten erforderlich; jeder Ehegatte ist dem andern gegenüber zur Mitwirkung verpflichtet[6]).

Der Antrag eines der Ehegatten genügt:

1. **zur Eintragung eines Ehevertrags oder einer auf gerichtlicher Entscheidung beruhenden Änderung der güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten, wenn mit dem Antrage der Ehevertrag[7]) oder die mit dem Zeugnisse der Rechtskraft[8]) versehene Entscheidung[9]) vorgelegt wird;**
2. **zur Wiederholung einer Eintragung in dem Register eines andern Bezirkes[10]), wenn mit dem Antrag eine nach der Aufhebung des bisherigen Wohnsitzes[11]) erteilte, öffentlich beglaubigte[12]) Abschrift der früheren Eintragung vorgelegt wird[13]).**

E I 1437 Abs 1 Satz 1, 3 Abs 2 Satz 2, 1438 II 1456 M 4, 557 P 4, 387; 5, 140; 6, 290.

1. **Allgemeines.** Nach § 1560 bedarf das Registergericht zu jeder Eintragung eines Antrags (Ausnahmen: § 1560 A 3). Der § 1561 bestimmt, wer zu dem Antrage berechtigt ist. In gewissen Fällen ist der Mann allein antragsberechtigt (Abs 1), in andern sowohl der Mann als auch die Frau (Abs 3) und in den übrigen Fällen bedarf es des Antrags beider Ehegatten (Abs 2). In dem am häufigsten vorkommenden Falle, nämlich der Eintragung auf Grund eines Ehevertrags genügt der Antrag eines Ehegatten.

2. **§ 1357 Abs 2** betrifft das Recht des Mannes, die **Schlüsselgewalt der Frau** zu beschränken oder auszuschließen. Wegen Aufhebung der Verfügung des Mannes durch das Vormundschaftsgericht (§ 1357 Abs 2 Satz 2) vgl. A 9.

3. **§ 1405 Abs 3** betrifft das Recht des Mannes, gegen den Geschäftsbetrieb der Frau Einspruch zu erheben, sowie seine Einwilligung zu widerrufen (vgl. § 1558 A 1).

4. Der **Antrag des Mannes** ist erforderlich und genügend.

5. Zu den **andern Fällen** gehören alle diejenigen Eintragungen, die nicht unter Abs 1 oder Abs 3 fallen, also namentlich die Eintragung der Gütertrennung bei Geschäftsunfähigkeit der Frau im Falle des § 1364, die Eintragung der Vorbehaltseigenschaft in den Fällen der §§ 1371, 1441, 1526 (1431, 1435) und die im § 1561 Abs 3 bezeichneten Fälle, sofern die darin beschriebenen Urkunden nicht vorgelegt werden.

6. Im Weigerungsfalle kann auf Stellung des Antrags geklagt werden. Die zur Erklärung des Antrags verurteilende Entscheidung ersetzt den Antrag (§ 894 ZPO).

7. Ein **Auszug aus dem Ehevertrage** genügt, wenn er das Vorhandensein aller gesetzlichen Erfordernisse ergibt (vgl. § 1560 A 4).

8. **Rechtskraft** der Urteile § 705 ZPO. Das Todeserklärungsurteil ist mit der Verkündung rechtskräftig (§§ 957, 960 ZPO); Rechtskraft des Beschlusses über Eröffnung des Konkurses (§§ 72, 73, 109 KO, § 577 ZPO); Rechtskraft der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts im Falle des § 1357 vgl. §§ 53, 1 9, 20, 60 Abs 1 Nr 6 FGG; Erteilung des Rechtskraftzeugnisses § 706 ZPO und § 31 FGG.

9. Auf **rechtskräftiger, gerichtlicher Entscheidung** kann die Änderung der güterrechtlichen Verhältnisse in folgenden Fällen beruhen: Aufhebung der die Schlüsselgewalt der Frau beschränkenden oder ausschließenden Verfügung des Mannes durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts (§ 1357 Abs 2 Satz 2, 3), Aufhebung eines Güterstandes durch Urteil und zwar der Verwaltung und Nutznießung des Mannes (§ 1418), der Gütergemeinschaft (§ 1470), der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1542) und der Fahrnisgemeinschaft (§ 1549), Endigung des Güterstandes infolge Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes und zwar Endigung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes (§ 1419) und der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1543), Endigung des Güterstandes infolge Todeserklärung des Mannes und zwar Endigung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes (§ 1420) und der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1544), Wiederherstellung

eines Güterstandes durch Urteil und zwar der Verwaltung und Nutznießung des Mannes (§§ 1425, 1431) und der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1547, 1548). Soweit es überhaupt zulässig ist, im Wege der einstweiligen Verfügung die güterrechtlichen Verhältnisse zu ändern (vgl. §§ 1418 A 12, 1468 A 12, 1542 A 4), kann eine Eintragung im Güterrechtsregister erfolgen, wenn die einstweilige Verfügung durch ein Urteil erlassen ist.

10. **Wiederholte Eintragung.** Dies ist der Fall des § 1559.

11. Der Zeitpunkt der **Aufhebung des bisherigen Wohnsitzes** kann durch eine Bescheinigung der zuständigen Polizeibehörde nachgewiesen werden.

12. Öffentliche Beglaubigung § 129 BGB; § 167 FGG.

13. Benachrichtigung beider Ehegatten §§ 161 Abs 2, 130 Abs 2 FGG. Aussetzung der Eintragungsverfügung §§ 161, Abs 1, 127 FGG. Beschwerde gegen Zurückweisung des Antrags §§ 19. 20 Abs 2 FGG.

§ 1562

Das Amtsgericht hat[1]) die Eintragung durch das für seine Bekanntmachungen bestimmte Blatt[2]) zu veröffentlichen[3]).

Wird eine Änderung des Güterstandes[4]) eingetragen, so hat sich die Bekanntmachung auf die Bezeichnung des Güterstandes[5]) und, wenn dieser abweichend von dem Gesetze geregelt ist, auf eine allgemeine Bezeichnung der Abweichung zu beschränken.

E I 1439 II 1457 M 4, 558 P 4, 390.

1. Das Amtsgericht hat die Veröffentlichung **von Amts wegen** zu bewirken und zwar **unverzüglich** nach der Eintragung. Das Unterbleiben der Veröffentlichung hat jedoch auf die Wirksamkeit der Eintragung keinen Einfluß (§ 1558 A 2).

2. In Preußen durch den Anzeiger des Regierungsamtsblattes. Für Bayern s. Bek v. 4. 8. 79; JMBl 79, 362 ff.

3. Die **Veröffentlichung** erfolgt durch einmalige Einrückung.

4. Gleichviel, ob die **Änderung des Güterstandes** auf Grund eines Ehevertrags, einer gerichtlichen Entscheidung oder zufolge gesetzlicher Vorschrift (z. B. im Falle des § 1587) eintritt.

5. Die **Bezeichnung des neu eintretenden Güterstandes** ist tunlichst dem Sprachgebrauche des Gesetzes anzupassen. Die Abweichung braucht neben der begriffsmäßigen Umgrenzung keine Einzelheiten zu enthalten. So brauchen z. B. nicht die einzelnen Stücke des Vorbehaltsguts neben der allgemeinen Bekanntmachung, daß Vorbehaltsgut bestehe, veröffentlicht zu werden. Die Beschränkungen des § 1562 Abs 2 sind mit Rücksicht darauf, daß die Einsicht des Registers nebst den zur Vervollständigung dienenden Urkunden (§ 1563 A 2) jedem freisteht, und zur Verminderung der Kosten angeordnet. Von diesen Beschränkungen abgesehen, ist die Eintragung regelmäßig ihrem ganzen Inhalte nach zu veröffentlichen.

§ 1563

Die Einsicht[1]) des Registers[2]) ist jedem[3])gestattet. Von den Eintragungen kann eine Abschrift gefordert werden; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen[4]).

E I 1435 Abs 2 II 1458 M 4, 555 P 4, 384; 6, 118, 182.

1. Die **Einsicht** ist während der gewöhnlichen Dienststunden zu gestatten.

2. Zum **Register** im Sinne des § 1563 gehören auch die zur Vervollständigung der Eintragungen dienenden Urkunden, z. B. das Verzeichnis der einzelnen zum Vorbehaltsgute gehörigen Gegenstände (§ 1562 A 5), besonders, wenn das Register darauf Bezug nimmt (BRBest v. 12. 11. 98 § 13). Dagegen ist die Einsicht der Registerakten und die Erteilung von Abschriften aus diesen Akten nur nach Maßgabe des § 34 FGG zulässig.

3. Das **Recht auf Einsicht** ist von der Darlegung eines berechtigten Interesses nicht abhängig, ebensowenig das Recht auf Erteilung einer einfachen oder beglaubigten **Abschrift** einer Eintragung nebst zugehörigen Urkunden (Abweichung von § 34 FGG; § 9 Abs 2 HGB; § 11 GBO). Die Kosten der Abschrift hat der Antragsteller zu tragen.

4. In gewissen Fällen (§§ 34, 35 GO; § 107 Abs 2 FGG) hat die Registerbehörde auf Verlangen **Zeugnisse** über Eintragungen im Güterrechtsregister auszustellen. Das Recht auf Erteilung solcher Zeugnisse haben nur die Ehegatten und nach §§ 792, 896 ZPO deren Gläubiger. Nach § 162 FGG hat das Amtsgericht auf Verlangen eine Bescheinigung darüber zu erteilen, daß bezüglich des Gegenstandes einer Eintragung weitere Eintragungen nicht vorhanden sind, oder daß eine bestimmte Eintragung nicht erfolgt ist. Das Verlangen einer solchen Bescheinigung ist von der Darlegung eines berechtigten Interesses nicht abhängig.

Siebenter Titel

Scheidung der Ehe

§ 1564

[1])**Die Ehe kann aus den in den §§ 1565 bis 1569 bestimmten Gründen[2]) geschieden werden. Die Scheidung erfolgt durch Urteil[3]). Die Auflösung der Ehe tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein[4])—[7]).**

E I 1440 Abs 1, 2, 1452 II 1459, 1470 M 4, 562 ff., 610 P 4, 391 ff., 437.

1. Das **Scheidungsrecht des BGB** beruht auf dem Grundsatze, daß ein Ehegatte nur wegen schweren Verschuldens des andern Ehegatten die Scheidung zu verlangen berechtigt sein soll (M 4, 563). Eine Ausnahme macht der Scheidungsgrund der Geisteskrankheit (§ 1569). Die im BGB anerkannten Scheidungsgründe lassen sich in bedingte und unbedingte einteilen. **Bedingte Scheidungsgründe** sind solche, die zur Scheidung nur unter der Bedingung führen, daß der Richter zugleich die Überzeugung gewinnt, es sei eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten, daß dem klagenden Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden könne. Sie werden, ohne einzeln aufgeführt zu werden, im § 1568 durch Zurückführung auf einen gemeinsamen Grundsatz gekennzeichnet. **Unbedingte Scheidungsgründe** sind solche, die immer die Scheidung rechtfertigen, weil in diesen Fällen die Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten schon an sich als eine so schwere und unmittelbare anzusehen ist, daß die Zerrüttung der Ehe ohne weiteres als Folge der Pflichtverletzung vorausgesetzt werden kann. Zu den unbedingten Scheidungsgründen gehören Ehebruch und die diesem gleich zu achtenden strafbaren Handlungen (§ 1565), Lebensnachstellung (§ 1566) und bösliche Verlassung (§ 1567). Neben die unbedingten Scheidungsgründe tritt der Scheidungsgrund der Geisteskrankheit (§ 1569), der eine gewisse Sonderstellung einnimmt. Die Begründung des 1. Entw bezeichnet die bedingten Scheidungsgründe als relative und die unbedingten als absolute Scheidungsgründe.

2. Aus anderen Gründen als den in den §§ 1565—1569 bezeichneten kann die Ehe nicht geschieden werden. Die Scheidungsgründe sind auch für die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575) die allein zulässigen Aufhebungsgründe. — Kein selbständiger Scheidungsgrund ist unüberwindliche Abneigung, **RG** JW 00, 563.

3. Gemeint ist das **gerichtliche Urteil.** Scheidung durch Vertragschließung ist unzulässig. Jede Scheidung aus landesherrlicher Machtvollkommenheit fällt weg. Auf Grund des die Scheidung aussprechenden gerichtlichen Urteils hat der Standesbeamte in dem Heiratsregister einen entsprechenden Randvermerk zu machen (Art 46 EG).

4. Das auf Scheidung lautende Urteil bewirkt erst mit dem **Eintritte der Rechtskraft** (§ 705 ZPO) die Auflösung der Ehe. Es wirkt also nur für die Zukunft und es beseitigt nicht die bis dahin durch die Ehe einmal begründeten Wirkungen (M 4, 611). Werden die vom Reichsgerichte für das Verfahren in Ehesachen aufgestellten Grundsätze befolgt, so sind Schwankungen hinsichtlich der Frage, in welchem Zeitpunkte die Ehe als aufgelöst zu betrachten ist, ausgeschlossen. Nach diesen Grundsätzen kann über den Bestand der Ehe nur einheitlich entschieden werden. Wird die Scheidung beantragt (oder die Ehe angefochten), so wird der Fortbestand der Ehe in Frage gestellt und das eheliche Verhältnis im ganzen Gegenstand des Streites. Die Ehescheidung darf nur in Verbindung mit der unbedingten Entscheidung sämtlicher anderen Streitfragen (insbes. der Schuldfrage) erfolgen. Über Klage und Widerklage (auf Scheidung oder Anfechtung gerichtet) ist gleichzeitig zu entscheiden. Der Erlaß eines Teilurteils ist unstatthaft (**RG** 58, 307). Vgl. auch **RG** JW 07, 391[9]; 06, 391[17]; **RG** Gruch 46, 957. Unstatthaft ist ferner ein Urteil, das die Ehe auf Antrag des einen Ehegatten scheidet, daneben aber von einem Eide abhängig macht, ob auch dem Scheidungsbegehren des andern Ehegatten stattzugeben sei (**RG** 58, 316). Unstatthaft ist es, das Verfahren auf die Klage auszusetzen und auf die Widerklage fortzusetzen (**RG** 58, 315). Wird die Scheidungsklage in Verbindung mit der Anfechtungsklage erhoben, so ist es unstatthaft, die Anfechtungsklage durch Teilurteil abzuweisen (**RG** 4. 5. 05 IV 599/04). Neben der kontradiktorischen, die Scheidung auf die Widerklage aussprechenden Entscheidung ist ein auf Abweisung der Klage gerichtetes Versäumnisurteil unstatthaft (**RG** 4. 7. 07 IV 574/06). Entscheidung über den Bestand der Ehe und über die Schuldfrage sind untrennbar (**RG** 46, 158; **RG** JW 04, 235[11]; **RG** 12. 3. 06 IV 464/05). Erledigt sich der Ehescheidungsprozeß durch Tod einer Partei nach Einlegung der Revision, so ist es gestattet, den Rechtsstreit behufs Herbeiführung einer Entscheidung über die Kosten fortzusetzen (**RG** 2. 1. 08 IV 234/07). Zwischenurteile (§ 303 ZPO) sind in Ehesachen zulässig (**RG** 58, 313). Über die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kann getrennt

von der damit verbundenen Scheidungsklage erkannt werden. So ist es, wenn beide Klagen abgewiesen sind, zulässig, die Revision hinsichtlich der abgewiesenen Scheidungsklage für unbegründet und hinsichtlich der abgewiesenen Herstellungsklage für begründet zu erachten und insoweit das Berufungsurteil aufzuheben (RG 26. 6. 05 IV 91/05). In der Revisionsinstanz ist das Berufungsurteil im ganzen Umfange aufzuheben, wenn auch nur die Revision hinsichtlich der Abweisung der Scheidungswiderklage, nicht auch hinsichtlich der Abweisung der Scheidungsklage begründet ist (RG 24. 6. 07 IV 560/06). Zu beachten ist anderseits, daß auch im Ehescheidungsverfahren der Grundsatz gilt, daß der Rechtsstreit vor dem Berufungsgericht in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt wird (§ 527 ZPO), wenn auch durch die Einlegung der Berufung die Rechtskraft des landgerichtlichen Urteils in seinem ganzen Umfange gehemmt wird (RG 64, 315).

5. Verträge, die auf Ermöglichung oder Erleichterung der Scheidung abzielen, sind nichtig. Sie verstoßen gegen die guten Sitten (§ 138) und vertragen sich nicht mit dem Staatswohle, das die möglichste Aufrechterhaltung der Ehen erheischt (vgl. § 622 ZPO). Nichtig ist eine Vereinbarung, daß, falls in dem anhängig zu machenden Ehescheidungsverfahren in erster Instanz auf Scheidung erkannt werden sollte, auf Einlegung der Berufung im voraus verzichtet werde (RG 70, 59). Über die Nichtigkeit der Abmachung jüdischer Eheleute, der Mann solle den nach mosaischem Gesetze zulässigen Scheidebrief ausstellen und der Frau aushändigen, vgl. RG 57, 250.

6. Übergangsrecht, vgl. Artt 201, 202 EG. Der im Art 201 Abs 2 gebrauchte Ausdruck „Trennungsgrund" bedeutet soviel als Grund zu zeitweiser Trennung von Tisch und Bett, RG 47, 32. Die in die Zeit vor dem 1. 1. 00 fallende Verfehlung kann, wenn sie schon nach altem Rechte ihre Kraft als Scheidungsgrund durch Fristablauf, Verzeihung oder Aufrechnung verloren hat, unter der Herrschaft des neuen Rechts als Scheidungsgrund nicht mehr benutzt werden. Allein Tatsachen, die sich erst nach dem 31. 12. 99 ereignet haben, können einem vorher entstandenen Scheidungs- oder Trennungsgrunde nur dann entgegengehalten werden, wenn das BGB ihnen diese Wirkung beilegt, RG 52, 226. Wenn beide Ehegatten vor dem 1. 1. 00 die Ehe gebrochen haben und in solchem Falle nach dem bisherigen Rechte die beiderseitigen Ehebrüche aufzurechnen waren, so ist die Scheidung nach Art 201 EG auch jetzt ausgeschlossen, RG 47, 4; 46, 90. Dagegen kann ein nach dem Inkrafttreten des BGB begangener Ehebruch des einen Ehegatten nicht mit dem vorher begangenen Ehebruche des andern Ehegatten aufgerechnet werden, denn ein unter der Herrschaft des BGB begangener Ehebruch vermag Wirkungen nur in Gemäßheit des BGB zu äußern, RG JW 04, 385[8]. Einer Klage auf zeitweilige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett darf nicht mehr stattgegeben werden, RG 45, 420. Wegen beständiger Trennung von Tisch und Bett vgl. § 1575 A 1.

7. Verhältnis des deutschen zum ausländischen Ehescheidungsrechte, vgl. Art 17 EG und HaagEhescheidAbk vom 12. 6. 02 (RGBl 1904 S 231). Wenn es im Art 17 Abs 1 EG heißt, daß für die Scheidung der Ehe die Gesetze des Staates maßgebend sind, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört, so sind unter Scheidung nicht nur die Scheidungsgründe, sondern auch die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen, nicht aber das Scheidungsverfahren zu verstehen. Der im Art 17 Abs 1 ausgesprochene Grundsatz wird durch Art 27, wonach im Falle der Rückverweisung die deutschen Gesetze anzuwenden sind, eingeschränkt. Eine Verweisung des fremden Gesetzes auf das Gesetz eines dritten Staates bleibt unbeachtet. Art 29 regelt den Fall, wenn eine Person keinem Staate angehört und Art 30 verbietet die Anwendung des ausländischen Gesetzes, wenn solche gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes (z. B. Verträge zur Erleichterung der Scheidung, A 5) verstoßen würde. Deutsche Gerichte können in Ehestreitigkeiten von Ausländern, deren Heimatsrecht nur eine Trennung von Tisch und Bett zuläßt, weder auf Scheidung noch auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkennen (RG 48, 144). Deutsche Gerichte können in einem Eheprozeß unter Eheleuten fremder Staatsangehörigkeit, wenn nach deutschem Rechte die Scheidung gerechtfertigt, nach dem heimischen Rechte der Eheleute aber nur beständige Trennung von Tisch und Bett zulässig sein würde, auf beständige Trennung von Tisch und Bett nicht erkennen (RG 55, 345; RG JW 04, 86[2]; vgl. § 1575 A 1). In einem Ehestreite zwischen Ausländern darf auf Scheidung nur dann erkannt werden, wenn eine dahin gehende Entscheidung auch nach dem Rechte des Staates, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehörte, zulässig ist (RG 47, 136). Eine Ehe, die ein russischer Staatsangehöriger ohne kirchliche Trauung vor einem Standesbeamten in Deutschland mit einer Deutschen eingeht, ist in Rußland als gültig nicht anerkannt. Infolgedessen verliert die Frau durch die Eheschließung die deutsche Reichsangehörigkeit, ohne die russische Staatsangehörigkeit zu erwerben. Eine beantragte Scheidung greift denn auch in die Personenstandsverhältnisse der Eheleute vom Standpunkte des russischen Rechts überhaupt nicht ein. Vielmehr erstreckt sich die

Wirkung der Scheidung ausschließlich auf die Rechtsverhältnisse, die durch die Eheschließung unter den Eheleuten und nach außen hin nach deutschem Rechte entstanden sind. Demzufolge verbleibt es auch bei der Regel des § 606 Abs 1 ZPO (Zuständigkeit des Landgerichts für Ehesachen; RG 70, 144). Wenn nach deutschem Rechte kein Scheidungsgrund besteht, ist die Abweisung der Scheidungsklage nach Art 17 Abs 4 EG geboten. Ist jedoch in den behaupteten Vorgängen, die sich im Auslande ereigneten, nach deutschem Rechte ein Scheidungsgrund zu finden, so muß gemäß Art 17 Abs 2, Art 29 EG geprüft werden, ob die Vorgänge auch nach den Gesetzen des Staats die Scheidung begründeten, in dem der Ehegatte zur Zeit der ihm vorgeworfenen Verfehlungen seinen Wohnsitz, oder in Ermangelung eines Wohnsitzes seinen Aufenthalt hatte (RG JW 07, 701[1]).

§ 1565

Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte sich des Ehebruchs[1]) oder einer nach den §§ 171, 175 des Strafgesetzbuchs strafbaren Handlung[2]) schuldig[3]) macht.

Das Recht des Ehegatten auf Scheidung ist ausgeschlossen, wenn er dem Ehebruch oder der strafbaren Handlung zustimmt[4]) oder sich der Teilnahme[5]) schuldig macht[6])[7]).

E I 1441 II 1460 M 4, 582 ff. P 4, 399 ff.

1. Unter **Ehebruch** ist im § 1565 der strafrechtliche Begriff des Ehebruchs (§ 172 StGB) zu verstehen (M 4, 582 Prot 4, 400). Danach besteht der Ehebruch in der Vollziehung des Beischlafs eines Ehegatten mit einer andern Person als seinem Ehegatten. Zur Beischlafsvollziehung genügt die Vereinigung (nicht die bloße äußere Berührung) der Geschlechtsteile zweier Personen verschiedenen Geschlechts. Ob eine Geschlechtsvereinigung stattgefunden hat, ist Tatfrage und kann mangels unmittelbaren Beweises aus andern Tatsachen gefolgert werden. Immer aber muß ein wirklicher Ehebruch und nicht ein bloßer, wenn auch dringender Verdacht, daß die eheliche Treue verletzt worden sei, den Tatsachen entnommen werden, um § 1565 anwenden zu können. Versuchter Ehebruch fällt nicht unter § 1565. In den Fällen des Versuchs des Ehebruchs kann jedoch die Anwendung des § 1568 in Frage kommen. Dasselbe gilt, wenn unzüchtige Handlungen ohne hinzukommende Beischlafsvollziehung vorgenommen worden sind. — Einem Ehegatten, der gleichzeitig wegen Ehebruchs und wegen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses auf Scheidung geklagt und aus letzterem Grunde ein Scheidungsurteil erwirkt hat, ist ein Rechtsmittel zu dem Zwecke, noch die Scheidung wegen Ehebruchs durchzusetzen, versagt (RG 55, 244). Darin, daß der Berufungsrichter die vom ersten Richter aus andern Gründen (§ 1568) ausgesprochene Ehescheidung wegen Ehebruchs des Beklagten aufrecht erhält, liegt keine unstatthafte Änderung des ersten Urteils zum Nachteile des Beklagten (RG Gruch 49, 367). Auch in Ehesachen ist die Berufung einer formell nicht beschwerten Partei unzulässig (RG Gruch 48, 803). Selbst wenn Ehebruch an erster Stelle und ein anderer Scheidungsgrund aus §§ 1566—1568 an zweiter Stelle geltend gemacht werden, so hat es der klagende Ehegatte nicht in der Hand, die Feststellung des Ehebruchs zu erzwingen (RG JW 04, 410[20]). Wird Scheidung nur wegen Ehebruchs aus § 1565 begehrt, so ist der Richter (sowohl durch den Parteiwillen als auch durch das Gebot, Ehen möglichst aufrecht zu erhalten) gehindert, aus § 1568 zu scheiden, selbst wenn die Verhandlung diesen Tatbestand ergibt (RG 6. 5. 09 IV 516/08). Wegen Unzulässigkeit einer Klage des verletzten Ehegatten gegen den ehebrecherischen Ehegatten und dessen Mitschuldigen auf Unterlassung ehebrecherischen Verkehrs vgl. RG 71, 85. Dem wegen Ehebruchs der Frau geschiedenen Ehemann steht ein Schadensersatzanspruch gegen den Ehebrecher nicht zu (RG 72, 128).

2. Dies sind die Fälle der **Doppelehe** (§ 171 StGB) und der **widernatürlichen Unzucht** (§ 175 StGB). Die Doppelehe kommt sowohl als Nichtigkeitsgrund für die neue Ehe (§ 1326), wie als Scheidungsgrund für die alte Ehe (§ 1565) in Betracht. Ist es in der neuen Ehe zwischen den Ehegatten zur Beischlafsvollziehung gekommen, so kommt auch noch der Scheidungsgrund des Ehebruchs in Betracht. Außer der widernatürlichen Unzucht des § 175 StGB sind **andere unzüchtige Handlungen** dem Ehescheidungsgrunde des Ehebruchs nicht gleichgestellt. Sie können aber einen Scheidungsgrund nach § 1568 abgeben.

3. Dem Ehegatten muß die Verfehlung als **Verschulden** angerechnet werden können (vgl. § 1564 A 1). Das ist nicht der Fall, wenn Gründe vorliegen, welche die Strafe ausschließen (§§ 51—54 StGB). Auch der irrige Glaube des Ehegatten, seine frühere Ehe sei bereits geschieden oder sonst aufgelöst, entschuldigt. **Anderseits kann sich ein Geistes-**

schwacher des Ehebruchs schuldig machen, wenn nach den Feststellungen des Tatrichters die Voraussetzungen des § 51 StGB nicht gegeben sind (RG 27. 5. 07 IV 501/06).

4. Die **Zustimmung** bedarf keiner besonderen Form. Sie hat nicht die Eigenschaft eines Rechtsgeschäfts. Es genügt, wenn der Ehegatte sein Einverständnis tatsächlich zu erkennen gegeben hat. — Bloße Kenntnis des ehebrecherischen Verhältnisses genügt nicht (RG JW 03 Beil 12[25]). Das Einverständnis kann aus der Anstiftung des Dritten hervorgehen. Die Zustimmung kann vor und nach der Begehung der unsittlichen Handlung, mit und ohne Einschränkung erteilt werden (RG 17. 3. 10 IV 253/09). Die Zustimmung behält ihre Wirksamkeit, auch wenn sie aus dem Wunsche heraus, geschieden zu werden, erteilt worden ist (RG 14. 2. 07 IV 337/06). Dagegen steht es der Zustimmung nicht gleich, wenn der Ehegatte nur durch sein eigenes rechtswidriges oder unsittliches Verhalten dem andern Ehegatten zur Begehung der unsittlichen Handlung Anlaß gibt, z. B. wenn Anlaß zum Ehebruch durch bösliche Verlassung oder Verweigerung der ehelichen Pflicht gegeben ist (M 4, 587). Auf ein derartiges Verhalten des Ehegatten kann jedoch der andere Ehegatte geeignetenfalls eine Widerklage gründen. — Ein Ehegatte, der eine für die Zukunft berechnete Zustimmung zu Ehebrüchen des andern Ehegatten erklärt hat, ist jederzeit zum Widerrufe berechtigt und ein in unzweideutiger Weise dem andern Gatten kundgegebener Widerruf wird für die Folgezeit ohne weiteres wirksam (RG JW 01, 868; 04, 63[23]; 08, 336[19]). Der Widerruf kann in der Erhebung einer auf Ehebruch gestützten Scheidungsklage erblickt werden (RG Warn 08 Nr 483). Nichtig ist ein Abkommen der Eheleute, daß die Frau den Ehebruch des Mannes nicht geltend mache, damit dieser die Ehebrecherin heiraten könne (RG 14. 11. 07 IV 197/07).

5. Die **Teilnahme** ist nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs (§§ 47—49) zu beurteilen.

6. Eine Ausschließung des Scheidungsrechts aus dem Gesichtspunkte der **Aufrechnung** in dem Falle, daß beide Ehegatten sich des Ehebruchs schuldig machen, ist dem BGB unbekannt (M 4, 585). Vgl. auch RG 46, 90; RG JW 05, 41[1] (Fälle der Aufrechnung von Ehebrüchen, die vor dem Inkrafttreten des BGB begangen sind) und § 1564 A 6.

7. Für den **Beweis** des Ehebruchs gelten keine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regeln. Insbesondere gilt nicht die im § 1591 Abs 1 Satz 2 angeordnete Beschränkung der Beweisführung. Die Entscheidung im Ehelichkeitsprozesse, daß das Kind als ein eheliches anzusehen sei, schließt nicht aus, daß im Ehescheidungsprozesse die Begehung eines Ehebruchs angenommen werden kann (RG Warn 08 Nr 646).

§ 1566

Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte ihm nach dem Leben trachtet[1]) [2]).

E I 1442 II 1461 M 4, 587 P 4, 401.

1. Ein Ehegatte **trachtet** dem andern Ehegatten **nach dem Leben**, wenn er sich erkennbar mit der Absicht trägt, ihn zu töten. Nicht erforderlich ist, daß der Ehegatte bereits mit der Ausführung der Absicht begonnen hat. Insbesondere verlangt das Gesetz nicht den Tatbestand eines strafbaren Versuchs. Selbst Handlungen, die sich als bloße außerhalb des strafrechtlichen Gebiets fallende Vorbereitungshandlungen darstellen, können den Scheidungsanspruch begründen. Unerheblich ist es, wenn die gegen das Leben des andern Ehegatten gerichtete Tätigkeit die beabsichtigte Wirkung wegen Untauglichkeit des angewendeten Mittels nicht haben konnte. — Trachtet der Ehegatte einem nahen Verwandten des andern Ehegatten nach dem Leben, so kann ein Scheidungsanspruch aus § 1568 begründet sein (M 4, 587).

2. **Lebensgefährliche Mißhandlung** des andern Ehegatten ist kein unbedingter Scheidungsgrund, kann vielmehr nur bedingt auf Grund des § 1568 zur Scheidung führen (Prot 4, 401). Dasselbe gilt von bloßen Bedrohungen mit Tötung.

§ 1567

[1])Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte ihn böslich verlassen hat.

Bösliche Verlassung liegt nur[2]) vor:

1. wenn ein Ehegatte, nachdem er zur Herstellung der häuslichen[3]) Gemeinschaft rechtskräftig verurteilt worden ist[4]), ein Jahr[5]) lang gegen den Willen[6]) des andern Ehegatten in böslicher Absicht[7]) dem Urteile nicht Folge geleistet hat;

2. wenn ein Ehegatte sich ein Jahr lang gegen den Willen[6]) des andern Ehegatten in böslicher Absicht[7]) von der häuslichen[3]) Gemeinschaft fern gehalten hat und die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung[8]) seit Jahresfrist[9]) gegen ihn bestanden haben.

Die Scheidung ist im Falle des Abs. 2 Nr. 2 unzulässig, wenn die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung am Schlusse der mündlichen Verhandlung[10]), auf die das Urteil ergeht, nicht mehr bestehen.

E I 1443 II 1462 M 4, 588 ff. P 4, 401 ff.

1. Der § 1567 regelt den **Scheidungsgrund der böslichen Verlassung.** Die Fälle der böslichen Verlassung scheiden sich in zwei Gruppen, je nachdem der abtrünnige Ehegatte für die Staatshilfe erreichbar oder unerreichbar ist (Fälle der uneigentlichen und der eigentlichen Verlassung). Erstere sind in Nr 1, letztere in Nr 2 Abs 2 begriffen. Andere Fälle der böslichen Verlassung gibt es nicht. Das Gesetz ordnet diesen Scheidungsgrund im § 1567 erschöpfend (**RG** 46, 158). Immerhin liegt in dem Verhalten eines Ehegatten, der sich in böslicher Absicht von der häuslichen Gemeinschaft fernhält, eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten, auch wenn die Voraussetzungen des § 1567 nicht vorliegen. Diese Verletzung kann, wenn auch nicht für sich allein (was sonst auf eine Ausschaltung des § 1567 hinauslaufen würde), so doch in Verbindung mit andern Verfehlungen die Anwendung des § 1568 rechtfertigen. Selbst ohne Hinzutreten anderer Verfehlungen können die besonderen Umstände des Falles die Anwendung des § 1568 rechtfertigen (**RG** JW 07, 701[1]; **RG** 20. 12. 09 IV 78/09; 7. 4. 10 IV 309/09).

2. **Bösliche Verlassung** kann hiernach nur im Rahmen des § 1567 festgestellt werden (vgl. jedoch A 1).

3. Da Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind (§ 1353 Abs 1), so haben sie grundsätzlich auch **häusliche Gemeinschaft** zu halten (**RG** 53, 340). Beide Ehegatten haben in dieser Beziehung gleiche Pflichten. Zwar bestimmt der Mann für die häusliche Gemeinschaft Wohnort und Wohnung (§ 1354 Abs 1), er kann also auch den bisherigen Sitz der häuslichen Gemeinschaft ändern, aber die Frau braucht seiner Entscheidung, wenn sie sich als Mißbrauch seines Rechtes darstellt, keine Folge zu leisten (§ 1354 Abs 2). Daher kann sich jeder Ehegatte, der die häusliche Gemeinschaft verweigert, der böslichen Verlassung schuldig machen. Die eheliche Gemeinschaft kann auch ohne häusliche Gemeinschaft, wie umgekehrt letztere ohne erstere bestehen. Ein Ehegatte kann aber die Herstellung der bloß häuslichen Gemeinschaft von dem andern Ehegatten, der die eheliche Gemeinschaft mit Recht verweigert (z. B. wegen ansteckender Geschlechtskrankheit des klagenden Ehegatten (**RG** 23. 10. 05 IV 167/05; **RG** 4. 2. 07 IV 338/06), nicht verlangen. Die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft gehört zu den im § 606 ZPO aufgezählten Ehesachen, und zwar zu der Gruppe von Rechtsstreitigkeiten, die die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstande haben. § 1567 setzt Verurteilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft voraus, es genügt aber auch eine Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens, wenn die Urteilsgründe ergeben, daß dem Ehegatten die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft aufgegeben wird. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kann sowohl zur Beseitigung eines räumlichen Getrenntlebens als auch wegen jeder Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnisse sich ergebenden Pflichten erhoben werden (**RG** 51, 182).

4. Die **Verurteilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft** bezweckt, dem unterliegenden Ehegatten zum Bewußtsein zu bringen, daß seine Verweigerung der häuslichen Gemeinschaft unbegründet sei (M 4, 589, 590). Seine Weigerungsgründe sind also in diesem ersten, dem Scheidungsverfahren vorausgehenden Rechtsstreite vorzubringen und zu prüfen. Die Verweigerung der häuslichen Gemeinschaft setzt räumliche Trennung voraus. Diese bedingt aber nicht gerade einen Ortswechsel, kann vielmehr an demselben Orte, ja in demselben Hause, nur nicht in derselben Häuslichkeit vor sich gehen. — Dauernde Verweigerung des ehelichen Geschlechtsverkehrs stellt keine bösliche Verlassung im Sinne des § 1567 Abs 2 Nr 1 dar (**RG** JW 02 Beil 241[26]). Eine Verurteilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verbietet sich trotz deren Aufhebung von selbst, wenn der abwesende Ehegatte durch äußeren Zwang (z. B. Strafhaft, **RG** 02, 341) an der Wiedervereinigung gehindert wird, ebenso wenn andere von dem Willen des Ehegatten unabhängige Hinderungsursachen, z. B. anhaltende Krankheit oder Unvermögen zur Bestreitung der Reisekosten vorliegen. Heben Eheleute in beiderseitigem Einverständnisse die häusliche Gemeinschaft auf, so gibt keiner, solange das Einverständnis besteht, dem andern Ehegatten Grund zur Klage. Das Einverständnis kann jedoch jederzeit zurückgenommen werden. Ein Vertrag, durch den ein Ehegatte dem andern gestattet, nach freiem Belieben und ohne Rücksicht darauf, ob ihm dazu ein gesetzlicher Grund zur Seite steht, dauernd getrennt zu leben, ist nichtig (**RG**

61, 53). Ein nicht ernstlich gemeintes Verlangen nach Wiederherstellung der Gemeinschaft enthält einen Rechtsmißbrauch im Sinne des § 1353 Abs 2 Satz 1; RG JW 01, 293; RG 22. 12. 04 IV 305/04; vgl. die Erläuterungen zu § 1353.

5. Das Reichsgericht nahm früher an, das **Jahr** müsse in allen Fällen schon zur Zeit der Erhebung der Scheidungsklage abgelaufen sein. Vgl. hierüber, sowie über Beginn und Berechnung des Jahres RG 60, 194. Später hat das Reichsgericht diesen Grundsatz eingeschränkt, namentlich für solche Fälle, in denen der klagende Ehegatte in der Erhebung der Scheidungsklage nur das äußerste Mittel erblickt, die ihm immer noch in erster Linie erwünschte Wiederherstellung des ehelichen Verhältnisses durchzusetzen (RG 72, 321). In jedem Zeitpunkte des Jahres müssen die Voraussetzungen, daß der Ehegatte gegen den Willen des andern Ehegatten in böslicher Absicht dem Urteile nicht Folge geleistet hat, vorliegen.

6. Mit den Worten: **„gegen den Willen des andern Ehegatten"** bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß, wenn die Nichtbefolgung des vorausgegangenen Urteils mit dem Willen des andern Ehegatten stattgefunden hat, der Scheidungsgrund nicht vorliegt. Das in diesem Falle vorliegende Einverständnis beider Eheleute über das Getrenntleben hindert die Scheidung (M 4, 590).

7. Der Ehegatte muß **in böslicher Absicht** dem Urteile nicht Folge geleistet haben (vgl. A 3 und 4). Der zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilte Ehegatte ist nicht gehindert, im Scheidungsverfahren zur Rechtfertigung seines Verhaltens Tatsachen anzuführen, die sich nach dem Urteil und vor Ablauf der Frist ereignet haben (M 4, 590). Tatsachen, die der Ehegatte im Herstellungsstreite geltend gemacht hat oder bis zur letzten mündlichen Verhandlung hätte geltend machen können, dürfen im Scheidungsverfahren nur in Verbindung mit neuen Ereignissen zu deren Unterstützung geltend gemacht werden (RG JW 02 Beil 273; RG Gruch 49, 960; RG 5. 11. 08 IV 67/08). Der gute Glaube des Ehegatten, zur Verweigerung der Gemeinschaft berechtigt zu sein, ist zu berücksichtigen, es sei denn, daß er sich lediglich auf die durch das Herstellungsurteil zurückgewiesenen Weigerungsgründe stützte (RG 10. 5. 06 IV 530/05). Ist dem Ehegatten nach Ablauf des Jahres der Scheidungsgrund der böslichen Verlassung einmal erwachsen, so geht er ihm durch spätere Ereignisse, die dem andern Ehegatten eine Wiedervereinigung zu verleiden angetan sein möchten, nicht verloren (RG 10. 5. 06 IV 530/05).

8. **Öffentliche Zustellung** § 203 ZPO. Über Begriff und Beweis des unbekannten Aufenthalts eines Ehegatten vgl. RG Gruch 45, 1025.

9. Hier ist ein zusammenhängender Verlauf der Frist vorausgesetzt.

10. **Schluß der mündlichen Verhandlung** in 1. oder 2. Instanz. Die Revisionsinstanz ist mit der Prüfung tatsächlicher Voraussetzungen nicht befaßt. In den Tatsacheninstanzen kann der Kläger im Falle des § 1567 Abs 3 zum Antrage auf Verurteilung des Beklagten zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft übergehen (M 4, 593; Prot 4, 404).

§ 1568

[1])Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte durch schwere[2]) Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten[3]) oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten[4]) eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses[5]) verschuldet[6]) hat, daß dem Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann[7]). Als schwere Verletzung der Pflichten gilt auch grobe Mißhandlung[8])[9]).

E I 1444 II 1463 M 4, 593 ff. P 4, 405 ff.

1. Während die in den §§ 1565—1567, 1569 aufgeführten Scheidungsgründe ohne weiteres als vollkommen ehezerrüttend gelten und das Recht auf Scheidung unbedingt begründen (unbedingte Scheidungsgründe), hängt im § 1568 die Scheidung auch noch davon ab, daß der Richter die Überzeugung gewinnt, in dem seiner Beurteilung unterliegenden einzelnen Falle sei die Ehe tatsächlich bis zu dem in § 1568 bezeichneten Grade zerrüttet (**bedingte Scheidungsgründe**). Durch Aufstellung des im § 1568 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes wurde es ermöglicht, von einer Aufzählung der bedingten Scheidungsgründe, die bei der Vielgestaltigkeit der Fälle doch keine erschöpfende hätte sein können, Abstand zu nehmen.

2. **Schwere Verletzung.** Die Schwere der Verletzung ergibt sich aus den Umständen des einzelnen Falles (RG JW 00, 645; RG JW 05, 23[24]). Die Frage, ob die Verletzung schwer ist, gehört wesentlich zur tatsächlichen Beurteilung (RG JW 00, 726; 04, 470[9]; 05, 24[25]; RG 23. 11. 08 IV 101/08). Indessen können Erwägungen rechtlicher oder sittlicher Natur den Ausschlag geben. Die Schwere der Verletzung kann aus ihrer Beschaffenheit oder

der Stärke des Verletzungswillens hervorgehen. Handlungen und Unterlassungen kommen in Betracht. Eine Pflichtverletzung wird sich regelmäßig dann als schwer darstellen, wenn der Ehegatte eine besonders wichtige Pflicht unmittelbar und mit einer Rücksichtslosigkeit verletzt, die einen gänzlichen Mangel an ehelicher Gesinnung bekundet. Eine an sich schwere Pflichtverletzung kann in milderem Lichte erscheinen, wenn sie in leidenschaftlicher Erregung oder gereizter Stimmung verübt wird, durch das Verhalten des andern Ehegatten veranlaßt worden oder unter dem Einfluß eines krankhaften (geistigen oder körperlichen) Zustandes begangen ist (vgl. **RG** JW 04, 470[9]; 00, 645; **RG** 29. 4. 04 IV 235/04). Leichte Pflichtverletzungen können infolge häufiger Wiederkehr zu einer schweren Verletzung heranwachsen, z. B. fortgesetzte grundlose Vorwürfe des Treubruchs. Es genügt nicht, jeden Vorgang für sich allein zu prüfen, sondern sämtliche Vorgänge sind, soweit es sich nicht um völlig bedeutungslose, harmlose Dinge handelt, in Verbindung miteinander unter dem Gesichtspunkte zu prüfen, ob das so bezeigte **Gesamtverhalten** eine schwere Pflichtverletzung darstellt (**RG** JW 02 Beil 267[200]; 07, 107[9]). Auch eine nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und Erhebung der Scheidungsklage begangene Verfehlung kann Bedeutung gewinnen (**RG** JW 04, 295[10]),.

3. Die durch die Ehe begründeten Pflichten wurzeln in dem Gebote gegenseitiger Liebe und Achtung, sind äußerst mannigfaltig und lassen sich nicht erschöpfend aufzählen. Als Verletzungen solcher Pflichten können sich darstellen: Mißhandlungen aller Art, Bedrohungen, Beleidigungen (auch in Prozeßschriften, **RG** JW 05, 204[8]), falsche Anschuldigung, Versagung des Unterhalts, hartnäckige, grundlose Verweigerung der ehelichen Pflicht (**RG** JW 08, 683[15]), schuldvoll verursachtes Unvermögen zur Leistung der ehelichen Pflicht (**RG** JW 01, 54), Unverträglichkeit und Zanksucht, arge Vernachlässigung des Hauswesens (§ 1356), arge Vernachlässigung der Kindererziehung, böswillige Entziehung eines gemeinsamen Kindes (**RG** JW 06, 200[19]), Mißhandlung der Stiefkinder (**RG** JW 06, 391[17]), Unterhaltung eines Liebesverhältnisses (**RG** JW 03, Beil 36[76]). Unter Umständen kann auch in der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten liegen und, wenn die Voraussetzungen des § 1567 nicht gegeben sind, als Scheidungsgrund aus § 1568 verwertet werden (vgl. § 1567 A 1). — Die von einer Partei im Rechtsstreit zur Begründung des Scheidungsbegehrens aufgestellten Behauptungen beleidigender Natur können, wenn sie wider besseres Wissen, oder in hohem Grade leichtfertig oder lediglich in der Absicht, den andern Ehegatten zu kränken, und nicht zur Wahrnehmung berechtigter Interessen aufgestellt sind, Eheverfehlungen darstellen (**RG** JW 09, 461[20]). Verletzungen der durch die Ehe begründeten Pflichten können sich auch als unerlaubte Handlungen im Sinne der §§ 823, 826 darstellen und Schadensersatzpflicht nach sich ziehen (**RG** JW 05, 431[10]).

4. Ehrloses oder unsittliches Verhalten eines Ehegatten ist, wenn es auch keine unmittelbare Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten enthält, doch mit dem Wesen der Ehe unvereinbar. Verbrechen und Vergehen können sich als ehrloses oder unsittliches Verhalten darstellen. Entscheidend ist nicht die Tatsache der Bestrafung des Ehegatten, sondern die Tatsache der Begehung einer strafwürdigen Handlung. Strafgerichtliche Urteile haben für das Ehegericht keine bindende Kraft (§ 14 Abs 2 Nr 1 EG z ZPO). Ist die strafbare Handlung vor der Eingehung der Ehe begangen, so kann, auch wenn die strafgerichtliche Verurteilung erst nach der Eingehung der Ehe erfolgt, der § 1568 nicht angewendet werden. Dagegen kann in solchem Falle der Anfechtungsgrund des Irrtums oder der arglistigen Täuschung (§§ 1333—1334) in Frage kommen (**RG** 51, 340). Beharrliche Trunksucht eines Ehegatten kann als ehrloses oder unsittliches Verhalten aufgefaßt werden (**RG** JW 02, 71; 02 Beil 248[150]). Unverbesserliche Trunksucht wird nicht vorausgesetzt (**RG** 04, 473[13]). Nicht erforderlich ist, daß der Zustand der beharrlichen Trunksucht noch zur Zeit der Geltendmachung dieses Scheidungsgrundes fortbesteht (**RG** JW 06, 140[13]). Dagegen kann die nachträglich eingetretene Besserung oder Heilung den Schluß rechtfertigen, daß die Trunksucht keine beharrliche gewesen sei (**RG** JW 02 Beil 248[150]). Die Verantwortlichkeit des trunksüchtigen Ehegatten wird durch die infolge übermäßigen Trinkens eintretende Geistesschwäche nicht beseitigt (**RG** JW 06, 140[13]). Ein Ehegatte ist trunksüchtig, wenn sein Hang zu übermäßigem Trinken in dem Grade krankhaft geworden ist, daß er die Kraft verloren hat, dem Anreize zum übermäßigen Genusse geistiger Getränke zu widerstehen (**RG** JW 02 Beil 280[230]). Als ehrloses oder unsittliches Verhalten können auch in Betracht kommen: die Ergreifung eines schimpflichen Gewerbes, die Vornahme unzüchtiger Handlungen, Lebensnachstellung gegen nahe Verwandte des andern Ehegatten und die Verweigerung der kirchlichen Trauung, wenn sie vor der Eheschließung ausdrücklich vereinbart war. In letzterer Beziehung vgl. **RG** 57, 256.

Zustimmung und Teilnahme. Hat ein Ehegatte den Handlungen des andern Ehegatten zugestimmt, z. B. zu unzüchtigen Handlungen, oder sich der Teilnahme schuldig gemacht, z. B. an Straftaten, so entfällt der Scheidungsgrund.

Geschlechtskrankheit. Die Tatsache, daß der Ehegatte mit einer Geschlechtskrankheit behaftet ist, bildet für sich allein keinen Scheidungsgrund (RG 16. 11. 05 IV 247/05), kann aber die Verweigerung der Geschlechtsgemeinschaft, nötigenfalls die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft und die Anfechtung der Ehe rechtfertigen. — Unsittliches Verhalten liegt auch in der grundlosen und hartnäckigen Verweigerung der ehelichen Pflicht (RG JW 08, 683[15]), in welchem Falle der Mann nach der Eheschließung zehn Wochen lang die eheliche Pflicht verweigerte, obwohl er mit der Frau in einem Bette schlief und von dieser zum Geschlechtsverkehr aufgefordert worden war.

5. **Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses** ist gleichbedeutend mit Zerrüttung der Ehe. Die Ehe muß so tief zerrüttet worden sein, daß dem andern Ehegatten die Fortsetzung der Ehe als Erfüllung einer Rechtspflicht nicht zugemutet werden kann. Diese Frage ist zunächst unabhängig davon, ob der andere Ehegatte die Fortsetzung der Ehe als eine unerträgliche Last empfindet, zu beantworten. Ihre Beantwortung ist unter Berücksichtigung der Schwere der Pflichtverletzung aus dem Wesen der Ehe als einer auf sittlicher Grundlage beruhenden Lebensgemeinschaft und einer über dem Willen der Eheleute stehenden Ordnung zu entnehmen. Ist hiernach dem gekränkten Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht anzusinnen, so fragt es sich in zweiter Reihe, ob er nach seinem eigenen persönlichen Empfinden die Fortsetzung der Ehe nicht ertragen könne (RG JW 05, 393[13]). Die Pflichtverletzung muß hiernach sowohl an sich geeignet sein, die Ehe bis zu der im § 1568 bezeichneten Tiefe zu zerrütten, als auch diese Wirkung im einzelnen Falle tatsächlich gehabt haben (RG JW 00, 518, 645, 892). Der Umstand, daß die Ehe bereits zerrüttet war, als die Pflichtverletzung begangen wurde, schließt deren Verwertung als Scheidungsgrund nicht aus, denn es genügt, wenn die Pflichtverletzung dazu beigetragen hat, die bestehende Zerrüttung zu vertiefen, zu befestigen oder in ihrem Fortbestande zu sichern, und so die einer Aussöhnung entgegenstehenden Hindernisse zu vermehren (RG JW 02 Beil 242[130]; RG 21. 9. 05 IV 139/05). Der Ehegatte erlangt dadurch, daß die Ehe bereits durch Schuld des andern Ehegatten zerrüttet ist, keinen Freibrief zu eigenen Verfehlungen (RG JW 00, 550). — Auf die Tatsache der Zerrüttung kann sich derjenige Ehegatte, der die Zerrüttung durch eigenes schuldvolles Verhalten herbeigeführt hat, zur Begründung eines Scheidungsanspruchs nicht berufen (M 4, 564). Die Zerrüttung muß zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgerichte vorhanden sein (RG 10. 5. 09 IV 452/08). Tatfrage ist es, ob eine Ehezerrüttung deshalb zu verneinen sei, weil der Scheidung begehrende Ehegatte den Hilfsantrag stellt, den andern Ehegatten zur Wiederherstellung des ehelichen Lebens zu verurteilen (RG JW 05, 693[17]).

6. **Verschulden.** Wie bei den unbedingten Scheidungsgründen, außer dem der Geisteskrankheit, wird auch bei den bedingten Scheidungsgründen Verschulden vorausgesetzt. Verschulden umfaßt Vorsatz und Fahrlässigkeit. Die Zerrüttung oder wenigstens deren Verschärfung oder Verlängerung (A 5) muß dem Ehegatten als Schuld angerechnet werden können. Ein Ehegatte, der im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit (§ 104 Nr 2, § 827 BGB, § 51 StGB) handelt, ist für sein Verhalten nicht verantwortlich (RG JW 04, 470[9]). Beschränkung der Geschäftsfähigkeit wegen Geistesschwäche (z. B. bei Trunksucht, s. A 4) schließt die Verantwortlichkeit nicht aus (RG JW 06, 140[13]; RG 27. 5. 07 IV 507/06). Krankheitszustände, die nicht geeignet sind, die Verantwortlichkeit aufzuheben, können in der Richtung Bedeutung gewinnen, daß die Verfehlungen dem Ehegatten nicht mit voller Schwere anzurechnen sind (RG JW 03 Beil 27[56]). Verschulden setzt ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Ehegatten und der Zerrüttung der Ehe voraus. Nicht erforderlich ist, daß es der Ehegatte auf die Zerrüttung abgesehen oder deren Eintritt vorausgesehen hat oder daß er sich der Möglichkeit einer ehezerrüttenden Wirkung seines Verhaltens auf den andern Teil bewußt gewesen ist (RG 25. 2. 09 IV 292/08). Haben sich beide Ehegatten Verfehlungen zuschulden kommen lassen, so kann jeder von ihnen Scheidung verlangen. Gegenseitige Aufrechnung findet nicht statt (RG 46, 159, s. A 7). Der Umstand jedoch, daß sich der klagende Ehegatte ebenfalls schuldvoll verhalten hat, kann die Annahme ausschließen, daß seine eheliche Gesinnung durch das Verhalten des andern Ehegatten zerstört worden sei (RG 46, 163; JW 00, 602; RG 15. 11. 06 IV 160/06). Unrichtig ist die Annahme, daß ein ursächlicher Zusammenhang der Verfehlungen eines Ehegatten mit der Zerrüttung nicht bestehen könne, wenn sie durch Verfehlungen des andern Ehegatten hervorgerufen worden sind (vgl. A 2). So kann z. B. ein Ehegatte, der sich einer groben Mißhandlung des andern Ehegatten schuldig gemacht hat, als alleiniger Urheber der Zerrüttung angesehen werden, auch wenn er zu der Mißhandlung durch Schimpfworte des andern Ehegatten herausgefordert wurde. — Es ist anerkannten Rechtens, daß infolge von Verfehlungen des einen Teils die Verfehlungen des andern Teils in milderem Lichte erscheinen können, ohne daß deshalb von einer Aufrechnung gesprochen werden darf

(RG JW 09, 150[16]). Anderseits kann eine Mißhandlung mit Rücksicht auf eine unmittelbar vorausgegangene, kränkende Äußerung des mißhandelten Ehegatten als entschuldigt gelten (RG JW 07, 142[24]).

7. **Zumutung, die Ehe fortzusetzen.** Einem Ehegatten kann die Fortsetzung der Ehe als Erfüllung einer Rechtspflicht dann nicht zugemutet werden, wenn anzunehmen ist, daß seine eheliche Gesinnung durch die Pflichtverletzung des anderen Ehegatten völlig und unwiderbringlich zerstört worden ist, er also die Fortsetzung der Ehe nur als eine unerträgliche Last empfinden würde. Diese Voraussetzung muß sich sowohl allgemein aus dem Wesen der Ehe (A 5), als auch im Einzelfall aus dem persönlichen Empfinden des Ehegatten ergeben, (RG JW 05, 496[24], 693[18]). Eine Handlung, die im allgemeinen geeignet ist, die eheliche Gesinnung des verletzten Ehegatten zu zerstören (z. B. der Versuch, dem Manne und seinen Eltern Gift beizubringen, um sie an der Gesundheit zu schädigen), ist es auch im Streitfalle, wenn nicht besondere, eine Ausnahme begründende Umstände geltend gemacht werden (RG 46, 154). Ein Mann, der sich dazu hinreißen läßt, seine ihm ihrer Herkunft und Bildung nach ebenbürtige Gattin wiederholt grob zu mißhandeln, zu beschimpfen und zu demütigen, ist, wenn sie in der durch sein Verhalten hervorgerufenen Entfremdung verletzende Äußerungen macht, der Zumutung, die Ehe fortzusetzen, nicht überhoben. Vielmehr geziemt es ihm, sein Verhalten von Grund aus zu ändern und die durch ihn verscherzte eheliche Gesinnung der Frau wiederzugewinnen zu suchen (RG JW 10, 21[32]). Bei der rechtlichen Abwägung der beiderseitigen Verfehlungen und der daraus zu folgernden Zumutung, die Ehe fortzusetzen, handelt es sich nicht um eine Tatfrage, sondern eine Rechtsfrage (RG JW 10, 334[12]). — Eine Feststellung dahin, der Ehegatte empfinde die Fortsetzung der Ehe als unerträgliche Last, daher sei ihm die Fortsetzung nicht zuzumuten, genügt nicht (RG JW 05, 393[13]). Nicht schlüssig ist die Folgerung, ein Ehegatte empfinde das Verhalten des andern Ehegatten als ehezerrüttend, weil er darauf die Scheidungsklage begründet habe (RG 21. 3. 07 IV 577/06).

8. **Grobe Mißhandlung** ist nicht gleichbedeutend mit lebens- oder gesundheitsgefährlicher Mißhandlung (RG 47, 33; vgl. auch RG JW 08, 42[17], 276[12]). Leichte Tätlichkeiten können wegen der mit der Ausübung verbundenen Schmach, Erniedrigung oder Demütigung grobe Mißhandlungen darstellen (RG JW 07, 711[20]; 04, 204[17]). Alle Mißhandlungen können dem § 1568 unterstellt werden. Die Feststellung einer groben Mißhandlung ist ebenso wie die einer schweren Verletzung der Pflichten nicht nur von der äußeren Beschaffenheit der Tat, sondern auch von dem Willen des Täters und den sonstigen Umständen abhängig (vgl. A 2). So kann z. B. eine ihrer äußeren Beschaffenheit nach grobe Mißhandlung als solche nicht erscheinen, wenn sie fahrlässig oder aus Furcht begangen ist. — Grobe Mißhandlung gilt kraft Gesetzes stets als schwere Verletzung der Pflichten und kann nicht, je nachdem der Gegner einen ihm über seine Verfehlung auferlegten Eid schwört oder nicht schwört, verschieden beurteilt werden (RG JW 09, 166[14]). Über die Beweislast in Ehesachen hinsichtlich des Einwandes der Notwehr vgl. RG JW 03, Beil 54[125].

9. Wegen der Aussetzung des Verfahrens im Falle des § 1568 vgl. § 620 ZPO. Es muß ein gewisser tatsächlicher Anhalt für die Annahme gegeben sein, daß die Aussöhnung nicht ausgeschlossen sei (RG 15. 11. 06 IV 160/06). Maßgebender Zeitpunkt für das Vorhandensein sämtlicher Erfordernisse des § 1568 ist die letzte mündliche Verhandlung vor Erlaß des Urteils (RG JW 08, 42::; RG 14. 5. 08 IV 478/07; RG Warn 10 Nr 124).

§ 1569

[1])Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte in Geisteskrankheit[2]) verfallen ist, die Krankheit während[3]) der Ehe mindestens drei Jahre[4]) gedauert und einen solchen Grad[5]) erreicht hat, daß die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben, auch jede Aussicht auf Wiederherstellung dieser Gemeinschaft ausgeschlossen ist[6]).

E II 1464 M 4, 570 ff. P 4, 423, 427.

1. Von dem Grundsatze des BGB, daß ein Ehegatte nur wegen schweren Verschuldens des andern Ehegatten die Scheidung zu verlangen berechtigt sein soll, bildet der **Scheidungsgrund der Geisteskrankheit** eine Ausnahme und zwar die einzige (§ 1564 A 1). Der Scheidungsanspruch aus § 1569 besteht unabhängig davon, ob der andere Ehegatte die Zerrüttung seines Geistes durch eigene Schuld herbeigeführt hat. Der 1. Entwurf ließ Scheidung wegen Geisteskrankheit nicht zu. Zwar verkannte er nicht, daß für die Zulassung der Scheidung und Ermöglichung einer Wiederverheiratung des gesunden Ehegatten die Rücksichtnahme auf die Lage des letzteren und die Kinder spräche. Allein er hielt es — abgesehen von sittlichen Bedenken — nicht für ausführbar, diejenigen Fälle, in denen durch die Geisteskrankheit jede geistige Gemeinschaft aufgehoben werde und der geisteskranke Ehegatte

daher als geistig tot zu betrachten sei, von andern Fällen zu sondern (M 4, 570, 571). Die 2. Komm entschied sich jedoch für Zulassung der Scheidung wegen Geisteskrankheit und nahm seine dem § 1569 gleichlautende Bestimmung in den Entwurf auf (Prot 4, 424).

2. Nur **Geisteskrankheit**, nicht Geistesschwäche kann als Scheidungsgrund aus § 1569 verwertet werden. Das BGB hat den Unterschied zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche nicht festgesetzt. Der Begriff der Geisteskrankheit ist im § 1569 — abgesehen von Dauer und Grad — derselbe wie im § 6 (vgl. die Erläuterungen zu § 6 und RG 50, 207). Die Zulässigkeit der Scheidung wegen Geisteskrankheit ist von einer vorgängigen Entmündigung des geisteskranken Ehegatten nicht abhängig. Die im Entmündigungsverfahren über den Geisteszustand getroffenen Feststellungen können im Ehescheidungsstreite verwertet werden. Das Ehescheidungsgericht hat aber selbständig zu prüfen, ob Geisteskrankheit vorliegt, und es darf nach § 623 ZPO auf Scheidung wegen Geisteskrankheit nicht erkennen, bevor es einen oder mehrere Sachverständige über den Geisteszustand des Beklagten gehört hat. — Die Fachausdrücke der ärztlichen Kunstsprache brauchen sich mit den Begriffsbestimmungen der Geisteskrankheit und Geistesschwäche im § 6 Nr 1 nicht zu decken, aber im Sinne des Gesetzes sind zwischen beiden Formen der regelwidrigen Geistesbeschaffenheit nur Gradunterschiede anzuerkennen (RG JW 05, 395[16]). Zur Durchführung der Scheidungsklage kann dem Beklagten gemäß § 1910 Abs 2 BGB ein Pfleger bestellt werden.

3. **Während der Ehe.** Die vor der Eheschließung liegende Krankheitszeit bleibt hier also außer Betracht. Wegen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit der Ehe eines Geisteskranken vgl. §§ 1333, 1325.

4. **Dauer der Geisteskrankheit.** In den dreijährigen Zeitraum sind lichte Zwischenräume einzurechnen. Es genügt, wenn der dreijährige Zeitraum zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, vollendet ist. Der vor Ablauf der drei Jahre klagende Ehegatte hat allerdings Abweisung der Klage zu gewärtigen.

5. **Grad der Geisteskrankheit.** Die völlige Lebensgemeinschaft, zu der sich Mann und Frau durch die Eheschließung verbinden, umfaßt auch die geistige Gemeinschaft, zu der sie als geistig veranlagte Geschöpfe fähig sind. Die geistige Gemeinschaft unter Ehegatten äußert sich in der mehr oder minder regen Teilnahme an dem, was das geistige Leben der Ehegatten erfüllt, also namentlich in der Teilnahme an dem körperlichen und geistigen Wohle des andern Ehegatten und der gemeinsamen Kinder, sowie an sonstigen Familienangelegenheiten. Die geistige Gemeinschaft kann sich auch auf den Beruf erstrecken, z. B. bei einem Künstler-Ehepaare, und wird überhaupt je nach den Verhältnissen eine tiefgehende oder oberflächliche sein. Ist aber ein Ehegatte infolge von Geisteskrankheit zu einer geistigen Gemeinschaft mit dem anderen Ehegatten unfähig geworden, so ist die geistige Gemeinschaft aufgehoben. — Völlige Verblödung wie in den Fällen des sog. geistigen Todes wird nicht verlangt. Das Fortbestehen der ehelichen Gemeinschaft wird nicht damit dargetan, daß der Ehegatte noch weiß, er stehe mit dem andern Ehegatten in der Ehe (RG JW 05, 395[17]; vgl. auch RG JW 01, 297; 02 Beil 244[133]; 03 Beil 28[57]). Auch Eheleute, deren geistige Gemeinschaft eine nur oberflächliche ist, werden mindestens durch die gemeinsame Sorge für das Wohl der Familie einander geistig näher geführt. Hört aber sogar auf diesem Gebiete das gemeinsame Denken und Fühlen der Ehegatten auf, so gebricht es selbst an einem Mindestmaße geistiger Gemeinschaft (RG 1. 4. 09 IV 434/08). Es genügt, wenn die Krankheit den erforderten Grad zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, erreicht hat.

6. Jede **Aussicht auf Wiederherstellung der geistigen Gemeinschaft** muß ausgeschlossen sein, nicht jede Aussicht auf Heilung. Der Tatbestand des § 1569 deckt sich nicht mit dem Begriffe der unheilbaren Geisteskrankheit. — Wegen des Unterhaltsanspruchs des geisteskranken Ehegatten vgl. § 1583, wegen der Auseinandersetzung vgl. §§ 1478 Abs 3, 1549.

§ 1570

Das Recht auf Scheidung erlischt[1]) in den Fällen der §§ 1565 bis 1568[2]) durch Verzeihung[3])—[6]).

E I 1446 Satz 1 II 1465 M 4, 602 ff. P 4, 429.

1. Der **Verlust des Scheidungsrechts** knüpft sich an die Verzeihung, ohne daß die Aussöhnung der Ehegatten eine vollständige zu sein braucht oder eine Zeitlang andauern müßte. — Im Falle des § 1567 Abs 2 Nr 1 verliert infolge Verzeihung auch das Herstellungsurteil seine innere Berechtigung und es muß von neuem auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft geklagt werden (RG 72, 321). Das durch Verzeihung erloschene Recht auf Scheidung kann nicht durch Widerruf der Verzeihung zum Wiederaufleben gebracht werden.

2. Im Falle des § 1568 (bedingter Scheidungsgrund) ist, wenn der Ehegatte die Verfehlungen des andern Ehegatten nicht als ehezerrüttend empfindet, der Scheidungsanspruch schon wegen des Mangels eines Tatbestandsmerkmals ausgeschlossen, und es kommt dann auf den Verzeihungseinwand nicht an. Ob ein versöhnliches Verhalten des schuldlosen Ehegatten im Sinne des Mangels eines Tatbestandsmerkmals oder als Verzeihung aufzufassen ist, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles.

3. Verzeihung im Sinne des § 1570 BGB ist Äußerung eines inneren Vorgangs, der darin besteht, daß der verletzte Ehegatte die Ehe nicht oder nicht mehr als durch die Verfehlungen des anderen Ehegatten zerrüttet empfindet (RG JW 05, 113[8]; 06, 752[25]). Verzeihung ist anders als Verzicht auf das Scheidungsrecht (A 6) kein Rechtsgeschäft (RG 10. 2. 08 IV 306/07), braucht auch nicht dem andern Ehegatten gegenüber zum Ausdrucke zu gelangen und beseitigt das Scheidungsrecht unabhängig davon, ob der Ehegatte die Eigenschaft der verziehenen Handlung als eines Scheidungsgrundes kennt und den Willen hat, durch Verzeihung den Wegfall des Scheidungsrechts herbeizuführen (RG JW 02, 13). Die Bestimmungen über Rechtsgeschäfte (§§ 104—193) finden auf die Verzeihung, da sie kein Rechtsgeschäft ist (A 3), grundsätzlich keine Anwendung, jedoch mit einigen Ausnahmen. Ein geschäftsunfähiger Ehegatte (§ 104) kann nicht rechtswirksam verzeihen, es sei denn, daß er trotz des Mangels der Geschäftsfähigkeit imstande ist, das Wesen der Ehe verständig zu würdigen. Bloße Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit beeinträchtigt nicht die Wirksamkeit der Verzeihung. Eine im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit erfolgte Verzeihung ist unwirksam (§ 105). Dasselbe gilt von der widerrechtlich durch Drohung oder arglistige Täuschung erlangten Verzeihung (§ 123), ohne daß es einer förmlichen Anfechtung bedarf (a. M. Planck). Auch der Irrtum (§ 119) ist geeignet, die Wirksamkeit der Verzeihung zu beeinträchtigen. Dagegen verdient der geheime Vorbehalt (§ 116) keine Berücksichtigung. Die Wirksamkeit der Verzeihung kann nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß der verzeihende Ehegatte sich im Widerspruche mit seinem äußeren Verhalten insgeheim vorbehält, nicht zu verzeihen (RG JW 01, 386; 05, 371[12]). Selbst der ausgesprochene Vorbehalt, nicht verzeihen zu wollen, vermag der Verzeihung, wenn diese sonst nur unzweideutig zum Ausdrucke gelangt, die Wirksamkeit nicht zu nehmen (RG JW 07, 79[7]; RG Gruch 51, 187). Streitig ist, wie eine bedingte Verzeihung wirkt. Das Reichsgericht nimmt an, daß eine bedingte Verzeihung zulässig sei, ihre Wirksamkeit aber nicht über den Inhalt der Erklärung hinausgehen und die gleiche sein könne, wie wenn der Ehegatte bedingungslos verziehen hätte (RG JW 03 Beil 26[55]; RG Gruch 48, 803).

4. Sonstige Erfordernisse der Verzeihung. Verzeihung setzt Kenntnis der Verfehlung des anderen Ehegatten voraus. Die Kenntnis braucht nicht alle Einzelheiten zu umfassen, muß aber soweit reichen, daß der Verzeihende die Schwere der Verfehlung ermessen kann. — Dies schließt nicht aus, daß der Ehegatte — namentlich beim Vorliegen mehrerer gleichartiger Verfehlungen — allgemein, auch die ihm unbekannt gebliebenen Verfehlungen wirksam verzeihen kann (RG JW 02, Beil 260[180], 265[195]; 05, 145[26]). Die Verzeihung kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Ob in dem freiwilligen Beischlafe des verletzten Ehegatten mit dem anderen Ehegatten eine stillschweigende Verzeihung liegt, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles (RG JW 06, 752[24, 25]). Gleiches gilt von der Zurücknahme der Scheidungsklage (RG JW 03, Beil 26[55]). Die Fortsetzung des ehelichen Verkehrs nach Eheverfehlungen im Sinne des § 1568 kann als Verzeihung oder als mangelndes Tatbestandsmerkmal (Empfindung der Fortsetzung der Ehe als einer unerträglichen Last) in Betracht kommen (RG 6. 6. 07 IV 546/06). In der Fortsetzung der Geschlechtsgemeinschaft kann sowohl Verzeihung als auch ein Verzicht auf Anfechtung der Ehe liegen (RG 10. 4. 05 IV 572/04). Die Verzeihung kann sowohl vor als auch nach der Erhebung der Scheidungsklage erfolgen. Nach dem Eintritte der Rechtskraft eines auf Scheidung lautenden Urteils kann Verzeihung nicht mehr geltend gemacht werden, selbst wenn das Urteil durch einen Eid bedingt ist; ebensowenig kann in der Revisionsinstanz Verzeihung geltend gemacht werden (RG JW 04, 260[8]).

5. Das Recht auf Scheidung erlischt nicht nur durch Verzeihung, sondern auch durch **Verzicht**, gleichviel, ob er sich auf das Scheidungsrecht selbst oder dessen Geltendmachung bezieht. Dieser Verzicht steht unter den allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte.

6. Die Verzeihung ist von Amts wegen zu berücksichtigen (§ 622 ZPO). — Dem § 1570 sind die §§ 532, 2337, 2343, 2345 verwandt.

§ 1571

Die Scheidungsklage muß in den Fällen der §§ 1565 bis 1568 binnen sechs Monaten[1]) von dem Zeitpunkt an erhoben werden, in dem der Ehegatte[2])

von dem Scheidungsgrunde[3]) Kenntnis[4]) erlangt. Die Klage ist ausgeschlossen, wenn seit dem Eintritte[3]) des Scheidungsgrundes zehn Jahre[5]) verstrichen sind.

Die Frist[6]) läuft nicht, solange die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist[7]). Wird der zur Klage berechtigte Ehegatte[2]) von dem andern Ehegatten[2]) aufgefordert[8]), entweder die häusliche Gemeinschaft herzustellen[7]) oder die Klage zu erheben, so läuft die Frist von dem Empfange der Aufforderung an[9]).

Der Erhebung der Klage steht die Ladung zum Sühnetermine gleich. Die Ladung verliert ihre Wirkung, wenn der zur Klage berechtigte Ehegatte im Sühnetermine nicht erscheint oder wenn drei Monate nach der Beendigung des Sühneverfahrens verstrichen sind und nicht vorher die Klage erhoben worden ist.

Auf den Lauf der sechsmonatigen und der dreimonatigen Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 entsprechende Anwendung.

E I 1447 Abs 1—4 II 1466 M 4, 604 ff. P 4, 429 ff.; 6, 290.

1. Die **sechsmonatige Frist** ist eine Ausschlußfrist. Mit ihrem Ablauf ist die Geltendmachung des Scheidungsgrundes durch Erhebung der Scheidungsklage ausgeschlossen. Die Ehegatten können weder die Verlängerung der Frist vereinbaren, noch auf ihre Geltendmachung verzichten. Der sechsmonatigen Frist liegt der Gedanke zugrunde, daß die Frage der Scheidung rasch zum Austrage gebracht werden muß, weil eine dauernde Ungewißheit darüber dem Wesen der Ehe widerstreitet. Auf den Scheidungsgrund der Geisteskrankheit (§ 1569) findet § 1571 keine Anwendung. — Von dem Wegfall des Scheidungsgrundes infolge Zeitablaufs bleibt das auf dem nämlichen Tatbestande beruhende Recht des unschuldigen Ehegatten unberührt, gemäß § 1353 Abs 2 Satz 1 die häusliche Gemeinschaft wegen Rechtsmißbrauchs zu verweigern (RG JW 03, Beil 44[96]; RG 14. 4. 10 IV 336/09).

2. Ist der Ehegatte **geschäftsunfähig**, so kommt nur sein gesetzlicher Vertreter in Betracht (§ 612 ZPO).

3. Der **Scheidungsgrund ist eingetreten**, sobald alle Tatbestandsmerkmale vorliegen. Der Scheidungsgrund der böslichen Verlassung ist eingetreten, sobald die Voraussetzungen des § 1567 Abs 2 erfüllt sind. — Wegen Trunksucht kann die Scheidung auf Grund des § 1568 nachgesucht werden. Verfällt der trunksüchtige Ehegatte in Geisteskrankheit, so entfällt mit diesem Ereignisse seine Verantwortlichkeit und somit der Scheidungsgrund aus § 1568, selbst wenn der Ehegatte das unmäßige Trinken fortsetzt. Dies ist bei Berechnung der Ausschlußfrist zu berücksichtigen (RG 68, 124).

4. Die **Kenntnis** muß die wesentlichen Merkmale des Scheidungsgrundes umfassen (RG JW 09, 690[10]). Fahrlässige Unkenntnis (kennen müssen) steht der Kenntnis nicht gleich. Bloße Gerüchte sind ungeeignet, die Kenntnis zu begründen. Mitteilungen eines Dritten braucht der Empfänger der Mitteilungen zwar nicht zu glauben, aber man wird, wie RG 12. 10. 05 IV 181/05 angenommen, den Einwand des Empfängers, er habe sie für nicht wahr gehalten, nicht leicht zulassen, wenn sie auf Wahrheit beruhen und nach den Umständen des Falles ein vernünftig denkender Mensch an der Wahrheit nicht gezweifelt hätte. Vgl. auch § 1339 A 5. — Im Falle des § 1568 genügt Kenntnis des äußeren Tatbestandes des Scheidungsgrundes. Mit Erlangung dieser Kenntnis, nicht erst mit dem Zeitpunkt, in dem der Ehegatte den vorliegenden äußeren Tatbestand als ehezerrüttend zu empfinden beginnt, wird die Frist in Lauf gesetzt. Ist bei mehreren an sich nicht schweren Verfehlungen erst durch Hinzutritt der letzten Verfehlung das zur Annahme eines Scheidungsgrundes erforderliche Maß erreicht, so kommt es auf die Kenntnis von der letzten Verfehlung an, nicht auf den Zeitpunkt des Eintritts der ehezerrüttenden Wirkung (RG JW 09, 690[10]).

5. Die **zehnjährige Frist** ist ebenfalls eine Ausschlußfrist (vgl. A 1). Sie läuft vom Eintritte des Scheidungsgrundes, ohne daß es auf die Kenntnis (A 2, 3) ankommt. Rücksichtlich soweit zurückliegender Tatsachen soll jeder Streit darüber schlechthin abgeschnitten sein.

6. Gemeint ist sowohl die sechsmonatige als auch die zehnjährige Frist.

7. **Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft.** Die sechsmonatige Ausschlußfrist bringt die Gefahr mit sich, daß sich der schuldlose Ehegatte zur schleunigen Erhebung der Scheidungsklage gedrängt fühlt. Um dies zu vermeiden, ist die Möglichkeit gewährt worden, daß sich die Ehegatten zunächst tatsächlich trennen, ohne daß der schuldlose Ehegatte sein Scheidungsrecht durch Zeitablauf einbüßt. — Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft im Sinne des § 1571 Abs 2 Satz 1 kann nicht nur durch freiwillige Trennung, sondern auch durch wider

den Willen des abwesenden Ehegatten eingetretene Trennung erfolgen (RG 53, 337; vgl. im übrigen die Erläuterungen zu §§ 1353, 1354, 1567).

8. Die **Aufforderung** muß sich inhaltlich mit der gesetzlichen Vorschrift decken (a. M. Planck). Eine besondere Form ist für die Aufforderung nicht vorgeschrieben. Sie bezweckt, die sechsmonatige Frist wieder in Lauf zu setzen und eine Entscheidung über die Erhebung der Scheidungsklage herbeizuführen. Der schuldige Ehegatte soll nicht dauernd an eine Ehe ohne Lebensgemeinschaft gefesselt bleiben. Die Wirksamkeit der Aufforderung ist unabhängig davon, ob der Auffordernde zur Zeit der Aufforderung den ernstlichen Willen hat, die häusliche Gemeinschaft herzustellen (RG 61, 160). In der mit der Scheidungsklage vorsorglich verbundenen Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft liegt keine Aufforderung im Sinne des § 1571 Abs 2 (RG JW 08, 433[8]). Der Ehegatte kann die Aufforderung durch einen Dritten, insbesondere durch den Prozeßbevollmächtigten (RG 14. 4. 10 IV 336/09) bewirken lassen. Ist die Aufforderung einmal ergangen, so wird die Ausschlußfrist hinsichtlich aller vor und nach der Aufforderung liegenden Verfehlungen wieder in Lauf gesetzt. Die klageerhaltende Wirkung des Getrenntlebens ist dann überhaupt außer Kraft gesetzt (RG 63, 113). Die Entscheidung darüber, ob die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verlangen oder der Scheidungsprozeß hervorzurufen ist, ist der persönlichen Entschließung der Ehegatten vorzubehalten. Die zur Führung eines Rechtsstreits über Unterhaltsgewährung erteilte Vollmacht ermächtigt den Anwalt nicht zur Abgabe und Entgegennahme der Aufforderung nach § 1571 Abs 2 (RG 58, 227). Der Verlust des Scheidungsrechts des Aufgeforderten infolge Versäumung der Klagefrist zieht nicht ohne weiteres den Verlust seines Rechtes zur Verweigerung der häuslichen Gemeinschaft nach sich, ebensowenig den Verlust einer zugesprochenen Unterhaltsrente (RG 13. 11. 05 IV 245/05; vgl. auch A 1).

9. **Widerklage.** Der Erhebung der Klage steht die Erhebung der Widerklage gleich. dagegen nicht die nur einredeweise erfolgende Geltendmachung von Scheidungstatsachen, z. B. die Einrede grober Mißhandlung gegenüber der auf bösliche Verlassung gestützten Scheidungsklage. Im übrigen vgl. § 1572 A 4.

§ 1572

[1])Ein Scheidungsgrund kann, auch wenn die für seine Geltendmachung im § 1571 bestimmte Frist[2]) verstrichen ist, im Laufe des Rechtsstreits geltend gemacht werden, sofern die Frist zur Zeit der Erhebung der Klage[3]) noch nicht verstrichen war.

1. **Zweck der Vorschrift.** Das eheliche Verhältnis soll, wenn nun einmal der Klageweg beschritten wird, vollständig zum Gegenstande des Rechtsstreits gemacht werden. Diesen Zweck verfolgt § 1572 in Verbindung mit §§ 614, 616 ZPO.

2. Frist. Gemeint sind alle im § 1571 erwähnten Fristen.

3. Der **Erhebung der Klage** steht die Ladung zum Sühnetermine gleich. Wenn dies auch nicht ausdrücklich gesagt ist, so folgt es doch aus dem innigen Zusammenhange des § 1572 mit § 1571. — Unter Klage ist die Scheidungsklage zu verstehen. Dieser steht die Anfechtungsklage, nicht aber die Herstellungsklage gleich. Die Anhängigkeit des Herstellungsprozesses hindert keine Partei, im besonderen Rechtsstreit auf Scheidung zu klagen (RG JW 10, 475[15]).

4. **Widerklage.** Unter § 1572 fällt auch die Scheidungswiderklage. Dem Widerkläger bleibt aber die Frist zur Geltendmachung nur dann gewahrt, wenn sie noch nicht zur Zeit der (nach § 281 ZPO in der mündlichen Verhandlung erfolgenden) Erhebung der Widerklage verstrichen war, jedoch wird zugunsten des Widerklägers derjenige Zeitraum in die Ausschlußfrist des § 1571 nicht eingerechnet, während dessen er verhindert war (§ 203 Abs 2), Widerklage zu erheben, d. h. der Zeitraum zwischen Erhebung der Klage und der ersten mündlichen Verhandlung (RG 57, 192). Jedoch kommt § 1572 dem Widerkläger nur dann zustatten, wenn die Klage auf Scheidung oder Anfechtung der Ehe gerichtet ist; denn nur in diesen Fällen ist der Widerkläger mit dem Verluste seines Scheidungs- oder Anfechtungsrechts gemäß § 616 ZPO bedroht (RG JW 10, 475[15]).

5. **Anfechtungsgründe.** Da mit Erhebung der Scheidungsklage oder der Anfechtungsklage das eheliche Verhältnis im ganzen zum Gegenstande des Streites gemacht wird (RG 58, 309), so gilt der Grundsatz des § 1572 für die Scheidungsgründe auch dann, wenn die Anfechtungsklage erhoben ist, und für die Anfechtungsgründe dann, wenn die Anfechtungs- oder die Scheidungsklage erhoben ist (vgl. dazu RG JW 03 Beil 44[99] und 70[163]).

§ 1573

[1])Tatsachen[2]), auf die eine Scheidungsklage nicht mehr gegründet werden kann, dürfen zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen gegründeten Scheidungsklage geltend gemacht werden.

E I 1448 II 1468 M 4, 606 P 4, 436.

1. Der **ausgeschlossene Scheidungsgrund** kommt nach § 1573, wie es M 4, 606 heißt, „nicht als selbständige rechtserzeugende Tatsache, sondern nur zur Charakterisierung und zum Beweise eines neuen Scheidungsgrundes in Betracht".

2. Alle **Tatsachen,** die infolge Verzeihung (§ 1570), Fristablauf (§ 1571) und Klageabweisung (§ 616 ZPO) zur selbständigen Begründung des Scheidungsanspruchs ungeeignet sind, fallen unter § 1573 (RG JW 03 Beil 48[108]). Der § 1573 ist für den Fall gegeben, daß die neuen Tatsachen weder jede für sich allein, noch alle zusammen zur Erfüllung des Tatbestandes eines Scheidungsgrundes ausreichen, daß sie aber einen Scheidungsgrund abgeben würden, wenn sie im Zusammenhalte mit den ausgeschlossenen Tatsachen betrachtet würden. Irrig ist die Annahme, daß die nicht ausgeschlossenen Tatsachen schon allein für sich betrachtet, schwere ehezerrüttende Verfehlungen oder gar einen Scheidungsgrund darstellen müßten (RG Gruch 50, 1101; RG 12. 3. 06 IV 426/05). Für die Scheidung aus § 1568 ist auch ein verziehener Ehebruch als unterstützende Tatsache im Sinne des § 1573 verwertbar (RG 16. 11. 05 IV 247/05). Verweigert ein Ehegatte mit der Behauptung, daß ihm ein Scheidungsgrund zur Seite stehe, die Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft, wird er aber dazu rechtskräftig verurteilt, so können die zur Darlegung des Scheidungsgrundes im Herstellungsprozesse geltend gemachten Tatsachen behufs Begründung einer Scheidungsklage nur im Rahmen des § 1573 zur Unterstützung neuer Tatsachen verwertet werden (RG JW 02 Beil S 273; RG 5. 11. 08 IV 67/08). Stellen die neueren Tatsachen überhaupt keine Eheverfehlungen dar, so entfällt die Veranlassung, auf die früheren Vorgänge einzugehen (RG 12. 11. 07 IV 70/08; RG JW 07, 107[9]). Wenn ältere Tatsachen in Verbindung mit neueren Tatsachen einen Scheidungsgrund bilden, so kann dieser Umstand auch im Sinne des § 323 ZPO und der §§ 1611 Abs 2, 2335 BGB zur Herabsetzung der rechtskräftig zugesprochenen Unterhaltsrente führen (RG 23. 11. 08 IV 513/08). Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des BGB liegen, können unter der Voraussetzung, daß sie auch nach altem Rechte Eheverfehlungen, wenn auch nicht gerade einen Scheidungsgrund darstellen, verwertet werden.

§ 1574

[1])Wird die Ehe aus einem der in den §§ 1565 bis 1568[2]) bestimmten Gründe geschieden[3]), so ist[4]) in dem Urteil auszusprechen[5]), daß der Beklagte[6]) die Schuld an der Scheidung trägt.

Hat der Beklagte Widerklage[7]) erhoben und wird auch diese für begründet erkannt[8]), so sind[4]) beide Ehegatten für schuldig zu erklären[9]).

Ohne Erhebung einer Widerklage[10]) ist auf Antrag[11]) des Beklagten[12]) auch der Kläger für schuldig zu erklären, wenn Tatsachen vorliegen, wegen deren der Beklagte auf Scheidung klagen könnte[13]) oder, falls sein Recht auf Scheidung durch Verzeihung oder durch Zeitablauf ausgeschlossen ist, zur Zeit des Eintritts des von dem Kläger geltend gemachten Scheidungsgrundes berechtigt war, auf Scheidung zu klagen[14])—[16]).

E I 1449 II 1469 M 4, 606 ff. P 4, 436.

1. Die **auf Verschulden beruhende Scheidung** (§§ 1565—1568) hat, je nachdem das Verschulden einen Ehegatten allein oder beide Ehegatten trifft, verschiedene Wirkungen. Vgl. namentlich §§ 1578—1582 (Gegenseitige Unterhaltspflicht geschiedener Ehegatten), § 1584 (Widerruf von Schenkungen), §§ 1585, 1635, 1636 (Unterhalt der Kinder und Sorge für ihre Person), § 1577 (Namensführung der geschiedenen Frau), §§ 1478, 1549 (Teilung des Gesamtguts). Außerdem beeinflußt die Schuldfrage schon vor der Scheidung das Erbrecht (§ 1933), die letztwilligen Verfügungen (§§ 2077, 2268) und den Erbvertrag (§ 2279). Wegen ihrer Wichtigkeit muß in den Fällen der §§ 1565—1568 die Entscheidung der Schuldfrage mit dem Scheidungsausspruche verbunden werden.

2. Die in den **§§ 1565—1568 bestimmten Scheidungsgründe** haben sämtlich zur Voraussetzung, daß die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses von dem Ehegatten verschuldet worden ist. Wird die Ehe aus einem der bezeichneten Gründe auf Antrag einer Partei geschieden, so ist damit anerkannt, daß die andere Partei ein Verschulden trifft.

Dies bedarf aus dem in A 1 angegebenen Grunde des ausdrücklichen Ausspruchs. Die Schuldigerklärung ist eine Folge, nicht eine Voraussetzung der Scheidung (RG JW 05, 723[15]). Nur bei der ein Verschulden nicht voraussetzenden Scheidung wegen Geisteskrankheit (§ 1569) bedarf es eines Schuldausspruchs nicht, obwohl Fälle denkbar sind, in denen die Zerstörung der geistigen Fähigkeiten auf eigene Schuld zurückzuführen ist, z. B. bei Trinkern (§ 1568 A 4).

3. Scheidung. Gleiches gilt, wenn auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt wird (§ 1575 Abs 2).

4. Hiermit wird im Gegensatze zu Abs 3 § 1574 vorgeschrieben, daß der Schuldausspruch **von Amts wegen** zu erfolgen hat (RG JW 04, 235[11]). Die Entscheidung über die Schuldfrage ist ein notwendiger Bestandteil des Scheidungsurteils (RG 46, 158). Beide Entscheidungen sind untrennbar (RG 58, 311, 319). Ein gegen die Schuldigerklärung gerichtetes Rechtsmittel greift immer zugleich den Scheidungsausspruch an (RG JW 05, 395[14]).

5. Der **Ausspruch über die Schuld** findet in der Urteilsformel seinen Platz.

6. Parteirolle. Abs 1 bezieht sich dem Wortlaute nach auf den Fall, daß auf Antrag des Klägers geschieden wird. Dem Sinn nach sind aber auch die Fälle betroffen, in denen auf Antrag des Beklagten geschieden wird, z. B. wenn die klagende Partei die Anfechtungs- oder die Herstellungsklage erhoben hat. Die Parteirolle ist von keiner Bedeutung (RG JW 04, 235[11]).

7. Im Abs 2 wird vorausgesetzt, daß Klage und Widerklage auf Scheidung aus §§ 1565—1568 gerichtet sind.

8. Der Ausdruck: „die Widerklage wird **für begründet erkannt**" ist gleichbedeutend mit: „auf die Widerklage wird geschieden" und nur deshalb gewählt, weil ein nochmaliger Scheidungsausspruch überflüssig ist, wenn, was hier vorausgesetzt wird (folgt aus dem Wörtchen „auch"), schon auf die Klage geschieden wird.

9. Wird die Widerklage, aber nicht die Klage für begründet erachtet und auf die Widerklage allein geschieden, so ist der Kläger allein für den schuldigen Teil zu erklären.

10. Ohne Erhebung einer Widerklage. Es soll verhütet werden, den Beklagten in die Zwangslage zu bringen, eine auf Scheidung gerichtete Widerklage lediglich zu dem Zwecke zu erheben, um die Nachteile der Schuldigerklärung, die ihn für den Fall der Zuerkennung der Scheidungsklage treffen würden, von sich abzuwenden (M 4, 607). Das Gesetz hat zunächst den Fall im Auge, daß der Beklagte einer Scheidungsklage aus §§ 1565—1568 gegenüber eine Widerklage auf Scheidung aus §§ 1565—1568 überhaupt nicht erhebt, sondern sich von vornherein auf den Antrag beschränkt, auch den Kläger für schuldig zu erklären. Diesem Falle steht der Fall gleich, daß der Beklagte die Widerklage auf Scheidung zwar erhebt, aber, bevor eine rechtskräftige Entscheidung über die Widerklage getroffen ist, fallen läßt und sich auf den Antrag auf Schuldigerklärung beschränkt. Dazu ist er sowohl in demselben, wie in einem früheren Rechtszuge berechtigt, selbst dann, wenn er in einem Rechtszuge mit der Scheidungswiderklage abgewiesen worden war und mit dem eingelegten Rechtsmittel das Urteil hinsichtlich der abweisenden Entscheidung unangefochten gelassen hatte (RG JW 05, 154[12]; RG 8. 3. 06 IV 444/05). Zwang soll weder zur Erhebung noch zur Aufrechterhaltung einer Scheidungswiderklage ausgeübt werden. — Das Recht des beklagten Ehegatten auf Schuldigerklärung des Klägers aus § 1574 Abs 3 geht nicht dadurch verloren, daß er über den fraglichen Antrag hinaus widerklagend Scheidung begehrt (RG JW 04, 489[14], RG 19. 9. 07 IV 16/07) gleichviel ob der Antrag auf Schuldigerklärung nur als Hilfsantrag in der Rangstellung nach der Scheidungswiderklage gestellt ist oder nicht. Demzufolge ist das Gericht verpflichtet, einen dahin gefaßten Widerklageantrag: die Ehe zu scheiden und die Gegenpartei für den schuldigen Teil zu erklären, auch aus § 1574 Abs 3 zu prüfen (RG JW 05, 395[14]; RG 21. 5. 6 IV 575/05). Der Antrag auf Schuldigerklärung hat selbständige Bedeutung (RG JW 05, 150[35]). Er kann mit der Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verbunden werden (RG JW 04, 488[18]). Der im ersten Rechtszuge mit der Scheidungsklage abgewiesene, aber auf die Widerklage geschiedene Kläger kann sich im zweiten Rechtszuge auf den Antrag, auch die Beklagte für schuldig zu erklären, beschränken (RG Gruch 47, 966). Die Pflicht des Ehescheidungsgerichts, eine Scheidungswiderklage auch als Antrag auf Schuldigsprechung aus § 1574 Abs 3 zu prüfen, dürfte sogar dann bestehen, wenn der Widerklageantrag schlechthin auf Scheidung gerichtet ist; denn der Antrag auf Scheidung enthält stillschweigend auch den Antrag auf Schuldigerklärung, da Scheidung ohne Schuldigerklärung gesetzlich ausgeschlossen ist (vgl. RG JW 04, 235[11]).

11. Antrag. In dem Antrag auf Klageabweisung liegt ein Antrag auf Schuldigerklärung nicht, wohl aber in dem Antrag auf Scheidung aus §§ 1565—1568; vgl. auch A 10.

12. Parteirolle. Das Antragsrecht steht jedem auf Scheidung verklagten Ehegatten zu, in welcher Parteirolle er sich auch befinden möge (RG 49, 167; RG JW 04, 489[14]), und zwar gleichviel, ob er ebenfalls Scheidung begehrt oder Herstellung der Gemeinschaft verlangt oder die Ehe anficht.

13. Vorhandene Scheidungsgründe. Hiermit wird zum Ausdrucke gebracht, daß Scheidungsgründe vorhanden und noch nicht durch Verzeihung oder Zeitablauf erloschen sind, also behufs Erlangung der Scheidung geltend gemacht werden könnten, aber nicht zu diesem Zwecke geltend gemacht werden (vgl. RG JW 03 Beil 72[67]). In diesem Falle läge mithin für eine Scheidungswiderklage Aussicht auf Erfolg vor (anders A 14), und der Beklagte würde gezwungen sein, die Widerklage zu erheben, wenn ihm nicht das Antragsrecht aus § 1574 Abs 3 zustände (vgl. A 10).

14. Ausgeschlossene Scheidungsgründe. Hiermit wird zum Ausdrucke gebracht, daß dem Beklagten Scheidungsgründe nicht oder doch nicht mehr zur Seite stehen. In diesem Falle läge mithin für eine Scheidungswiderklage Aussicht auf Erfolg nicht vor (anders A 13) und demgemäß auch keine Zwangslage für den Beklagten (vgl. A 10). Die Widerklage verbietet sich von selbst und es folgt auch hieraus, daß das Antragsrecht aus § 1574 Abs 3 durch Erhebung einer Widerklage nicht beseitigt wird (RG Gruch 49, 1045). In Fällen des Abs 3 Halbs 2 liegt die Annahme nahe, daß der Beklagte den Scheidungsgrund in der Erwartung verziehen oder nicht rechtzeitig geltend gemacht habe, daß auch der Kläger den ihm zustehenden Scheidungsgrund nicht geltend machen werde (M 4, 608). Dieser Gedanke trifft nicht nur zu, wenn dem Beklagten zur Zeit seiner Verfehlung ein Scheidungsgrund nicht mehr, sondern auch, wenn ihm damals ein Scheidungsgrund noch nicht zur Seite stand. Es ist also gleichgültig, welcher der Ehegatten sich zuerst verfehlt hat. Vielmehr kommt es nur darauf an, daß zu der Zeit, in der das Scheidungsrecht des Klägers begründet war, das Scheidungsrecht des Beklagten noch nicht durch Verzeihung oder Zeitablauf erloschen war, d. h. wenn wenigstens zeitweise Scheidungsrecht gegen Scheidungsrecht stand (RG JW 04, 489[14]). Die Fassung des § 1574 Abs 3 ist insofern ungenau, als auf den Zeitpunkt des „Eintritts" und nicht vielmehr auf die Zeitdauer des Bestehens des vom Kläger geltend gemachten Scheidungsgrundes abgestellt wird. Zur Anwendung des § 1574 Abs 3 Halbs 2 genügt es, wenn sich die beiderseitigen Scheidungsgründe während gewisser Zeit noch unverziehen und unverjährt gegenüberstanden (RG 70, 334; RG JW 09, 417[16]). — Auf Tatsachen, deren Geltendmachung in einem früheren Rechtsstreite geschehen konnte, und die deshalb durch § 616 ZPO ausgeschlossen ist, bezieht sich § 1574 Abs 3 nicht. Solche Tatsachen können aber gemäß § 1573 zur Unterstützung anderer Tatsachen auch im Falle des Abs 3 berücksichtigt werden (RG 21. 3. 10 IV 293/09).

15. Parteiabreden über die Regelung der Schuldfrage sind unverbindlich. Diese kann nur auf Grund des § 1574 durch richterlichen Ausspruch geregelt werden. Dagegen ist es zulässig, Vereinbarungen für den Fall der richterlichen Schuldigerklärung über deren vermögensrechtliche Wirkungen zu treffen.

16. Verfahren. Die Eideszuschiebung über eine nur zur Begründung des Antrags auf Schuldigerklärung vorgebrachte Tatsache ist zulässig. § 617 Abs 2 ZPO steht nicht entgegen (RG 5. 6. 05 IV 49/05). Soll mit den unter Eidesbeweis gestellten Behauptungen zugleich ein Scheidungsantrag begründet werden, so ist das Beweismittel zurückzuweisen (RG JW 04, 391[22]). Unzulässigkeit der Eideszuschiebung liegt aber nicht schon dann vor, wenn die Tatsache an sich geeignet ist, die Scheidung, Eheanfechtung oder Verweigerung des ehelichen Lebens zu begründen, sondern erst, wenn sie dazu vorgebracht und vom Richter wirklich verwendet worden ist (RG JW 03, 181[30]; 06, 314[23]). Ein nur wegen der Schuldigerklärung eingelegtes Rechtsmittel hemmt die Rechtskraft des Urteils im ganzen Umfange (RG JW 05, 154[42]). Ein Teilurteil, das auf Scheidung unter Vorbehalt der Entscheidung über die Schuldfrage erkennt, ist unzulässig (RG 58, 311).

Tod. Stirbt ein Ehegatte im Laufe des Rechtsstreits, so gilt der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt (§ 628 ZPO). Zur Hauptsache gehört auch die Schuldfrage. Ihre Entscheidung kann aber in einem andern Verfahren nachgesucht werden (vgl. A 1).

§ 1575

[1])Der Ehegatte, der auf Scheidung zu klagen berechtigt ist[2]), kann statt auf Scheidung auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft[3]) klagen[4]). Beantragt[5]) der andere Ehegatte, daß die Ehe, falls die Klage[6]) begründet ist, geschieden wird, so ist auf Scheidung zu erkennen.

Für die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gelten die Vorschriften der §§ 1573, 1574.

E I 1444 M 4, 579 P 4, 391 ff.

1. Entstehungsgeschichte. Der 1. Entw hatte die beständige Trennung von Tisch und Bett nicht zugelassen, auch nicht wahlweise nach Bestimmung des Klägers neben der Ehescheidung (M 4, 562, 563). Er befand sich damit im Einklange mit dem bestehenden

Reichsrechte (§ 77 PStG v. 6. 2. 75). Dieses war auch für die gleichfalls ablehnende Stellung der Reichstagsvorlage bestimmend. Während aber der 1. Entw zeitweilige Trennung von Tisch und Bett auf höchstens 2 Jahre als eine Versöhnungsmaßregel bei bedingten Scheidungsgründen zulassen wollte (1. Entw § 1444 und M 4, 579), wurde in der 2. Komm ein Antrag, diese Einrichtung gänzlich zu beseitigen und als Versöhnungsmaßregel nur die Aussetzung des Verfahrens (§ 620 ZPO) zuzulassen, angenommen (Prot 4, 398 unten). In der Reichstagskommission wurde sodann mit Rücksicht auf die Lehre der katholischen Kirche (Prot 4, 391—399), wonach eine Scheidung vom Bande niemals zulässig ist, beantragt, neben der Scheidung die dauernde Trennung von Tisch und Bett einzuführen. Dieser Antrag gelangte in der Reichtstagskommission und darauf auch im Reichstage zur Annahme. Er hat in den §§ 1575, 1576, 1586, 1587 Ausdruck gefunden. Vgl. § 1564 A 7 (ausländisches Recht) und § 1353 A 1 (Unzulässigkeit einer Klage auf zeitliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft).

2. Die Berechtigung zur Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hängt also von der **Berechtigung zur Scheidungsklage** ab. Wie für letztere Klage, so sind auch für die Aufhebungsklage nur die gesetzlich anerkannten Scheidungsgründe (§§ 1565—1569) maßgebend. Ebenso gelten für die Aufhebungsklage auch die §§ 1570—1572 (Verzeihung, Zeitablauf) und § 616 ZPO (Ausschließung infolge Klageabweisung). Vgl. § 639 ZPO.

3. **Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.** Wegen der Wirkungen des Aufhebungsurteils vgl. § 1586.

4. Auch nach erhobener Scheidungsklage kann der Kläger zu der **Klage** auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft übergehen, natürlich unbeschadet des Antragsrechts des Beklagten aus § 1575 Abs 1 Satz 2. Ebenso steht dem Ehegatten, der auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geklagt hat, der Übergang zur Scheidungsklage frei, selbst gegen den Widerspruch des Beklagten. In der Revisionsinstanz ist für derartige Umwandlungen der Anträge kein Raum.

5. Der **Antrag** kann vom Beklagten in der Revisionsinstanz nicht mehr gestellt werden (RG 25. 9. 05 IV 151/05). In der Erhebung einer auf Scheidung gerichteten Widerklage ist der Antrag nicht enthalten (RG JW 08, 302[9]).

6. Dasselbe gilt von der **Widerklage.** Das Antragsrecht steht in diesem Falle dem Kläger und Widerbeklagten zu.

§ 1576

[1])Ist auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt, so kann jeder[2]) der Ehegatten auf Grund des Urteils[3]) die Scheidung beantragen[4]), es sei denn[5]), daß nach der Erlassung des Urteils[6]) die eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt[7]) worden ist.

Die Vorschriften der §§ 1570 bis 1574 finden keine Anwendung; wird die Ehe geschieden, so ist der für schuldig erklärte Ehegatte auch im Scheidungsurteile für schuldig zu erklären.

E I 1445.

1. Das im § 1576 jedem der beiden Ehegatten eingeräumte Recht auf **Umwandlung des Aufhebungsurteils in ein Scheidungsurteil** entspricht dem § 1575. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann nur, wenn und solange beide Ehegatten damit einverstanden sind, ausgesprochen werden und fortdauern.

2. **Jeder Ehegatte.** Ob er Kläger oder Beklagter gewesen ist, ob er für schuldig erklärt worden ist oder nicht, ob er sich mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft einverstanden erklärt hatte oder nicht, macht keinen Unterschied.

3. Lediglich das **rechtskräftige Aufhebungsurteil** ist zur Klagebegründung notwendig und genügend.

4. Der **Antrag** ist in Gestalt einer Scheidungsklage (Umwandlungsklage) bei dem Gericht anzubringen, das für eine gewöhnliche Scheidungsklage zuständig sein würde. Solange die Umwandlungsklage zulässig ist, kann weder eine auf andere Tatsachen als das Aufhebungsurteil gegründete Scheidungsklage noch eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (der häuslichen Gemeinschaft) erhoben werden. Dagegen sind die Anfechtungsklage und die Nichtigkeitsklage zulässig (§ 1586 Satz 2). — Für die Umwandlungsklage gelten auch die Vorschriften über den Sühneversuch (§§ 608—611 ZPO). Die Kosten des Scheidungsverfahrens fallen in der Regel dem schuldigen Ehegatten zur Last (Hochschild in JW 09, 384 bestr.). Für ein Anerkenntnisurteil ist in diesem Verfahren kein Raum (RG JW 08, 557).

5. **Beweislast.** Daß nach der Erlassung des Aufhebungsurteils die eheliche Gemeinschaft wieder hergestellt worden ist, hat der Beklagte zu beweisen.

6. Die Worte „**nach der Erlassung des Urteils**" bedeuten dasselbe, was im § 1587 die Worte „nach der Aufhebung" bedeuten. Die §§ 1576 und 1587 haben nicht verschiedene Zeitpunkte, sondern ein und denselben Zeitpunkt, nämlich den, in dem das Aufhebungsurteil rechtskräftig wird, im Auge. Daher kommt eine Wiederherstellung, die nach der Urteilsverkündung beginnt und vor dem Eintritte der Rechtskraft des Aufhebungsurteils aufhört, weder für § 1576 noch für § 1587 in Betracht.

7. Nach der **Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft** (vgl. § 1587) kann Scheidung nur mittels gewöhnlicher Scheidungsklage, für die die allgemeinen Grundsätze gelten, erwirkt werden.

§ 1577

Die geschiedene Frau behält den Familiennamen des Mannes[1].

Die Frau kann ihren Familiennamen wieder annehmen[2]. War sie vor der Eingehung der geschiedenen Ehe verheiratet, so kann sie auch den Namen wieder annehmen, den sie zur Zeit der Eingehung dieser Ehe hatte[3], es sei denn, daß sie allein für schuldig erklärt ist[4]. Die Wiederannahme des Namens erfolgt durch Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde[5]; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form[6] abzugeben.

Ist die Frau allein für schuldig erklärt, so kann der Mann ihr die Führung seines Namens untersagen. Die Untersagung[7] erfolgt durch Erklärung gegenüber der zuständigen[5] Behörde; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form[6] abzugeben. Die Behörde soll[8] der Frau die Erklärung mitteilen. Mit dem Verluste des Namens des Mannes erhält die Frau ihren Familiennamen wieder[9]—[11].

E I 1455 II 1478 M 4, 620 P 4, 444 ff.; 5, 163; 6, 293.

1. Mit der Eheschließung erhält die Frau den **Familiennamen des Mannes** (§ 1355). An den Änderungen, die der Name des Mannes während der Ehe erfährt, nimmt sie teil. Den Familiennamen, den der Mann zur Zeit der Scheidung führt, behält die Frau. Von diesem Grundsatze gelten nur die im § 1577 Abs 2 und 3 bestimmten Ausnahmen.

2. Das Recht der Frau, ihren **Familiennamen** (Mädchennamen) **wieder anzunehmen**, ist in keinem Falle beschränkt.

3. Zur Zeit der Eingehung der früheren Ehe hatte die Frau den **Familiennamen ihres früheren Ehemannes.** Diesen Namen mit seinen während der früheren Ehe eingetretenen Änderungen kann sie wieder annehmen.

4. **Schuldigerklärung** § 1574, nämlich in der späteren Ehe. Einer Untersagung des Gebrauchs des Namens bedarf es in diesem Falle nicht (Prot 4, 448).

5. Die Wiederannahme des Namens tritt mit der Abgabe der **Wiederannahmeerklärung gegenüber der Behörde** in Kraft (§ 130 Abs 3). Einer Mitteilung dieser Erklärung an den geschiedenen Mann bedarf es nicht. Die Zuständigkeit der Behörde bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

6. **Öffentliche Beglaubigung** § 129 BGB, §§ 167, 183, 191 FGG.

7. Die **Untersagung** tritt mit der Abgabe der Untersagungserklärung gegenüber der Behörde in Kraft (§ 130 Abs 3), nicht erst mit dem Empfange der behördlichen Mitteilung.

8. Da es sich nur um eine Soll-Vorschrift handelt, berührt die Unterlassung der **Mitteilung an die Frau** die Wirksamkeit der Untersagung (A 8) nicht.

9. Mit diesem Verluste erhält die Frau von selbst ihren Mädchennamen wieder.

10. Die **Wahl** kann sich nur auf einen der in Frage kommenden Namen richten. Der gewählte Name ist im amtlichen und außeramtlichen Verkehre der allein maßgebende. Zusätze, die auf die frühere Namensführung Bezug haben, sind gestattet, z. B. früher verwitwete Frau NN oder früher geschiedene Frau NN. An eine Frist ist weder die Wiederannahme- noch die Untersagungserklärung geknüpft. Sobald die Erklärung in Wirksamkeit getreten ist, darf sie nicht mehr zurückgenommen werden. Auf die Namen der Kinder hat die Namensänderung der geschiedenen Frau keinen Einfluß. Die im § 1577 den geschiedenen Eheleuten in bezug auf die Namensführung eingeräumten Rechte können im Wege der Klage zur Geltung gebracht werden. Zulässig sind nicht nur die Feststellungsklage aus § 256 ZPO, sondern auch die beiden Leistungsklagen aus § 12 BGB und, falls ein schuldbar verursachter Schaden vorliegt, auch die Schadensersatzklage (Prot 4, 44, 45).

11. Den Rechtsschutz des § 1577 genießen **bürgerliche und adlige Namen** ohne Unterschied. Von dem Rechtsschutze des adligen Namens ist aber die Frage nach dem Adelsstande zu trennen. Da das BGB davon ausgeht, daß die Einrichtung des Adels im wesentlichen dem öffentlichen Rechte angehört, dieses aber von der Regelung durch das BGB ausgeschlossen ist, so hat es sich weder mit dem Erwerb und Verluste des Adelsstandes durch Eheschließung, noch mit dem Einflusse der Scheidung auf den Adelsstand der Frau befaßt. Wegen der Familienverhältnisse der landesherrlichen Familien und der Familien des hohen Adels vgl. jedoch die Ausnahmebestimmungen in Artt 57, 58 EG. — Wird eine **nichtige oder anfechtbare Ehe** für nichtig erklärt, so entfällt damit von selbst die Berechtigung der Frau, den Familiennamen des Mannes zu führen (RG 67, 61). Für die Kinder aus nichtigen Ehen gelten besondere Bestimmungen (§§ 1699—1704).

§ 1578

[1])Der allein für schuldig erklärte Mann[2]) hat der geschiedenen Frau den standesmäßigen[3]) Unterhalt insoweit[4]) zu gewähren, als sie ihn nicht aus den Einkünften[5]) ihres Vermögens und, sofern nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich[6]) ist, aus dem Ertrag ihrer Arbeit bestreiten kann.

Die allein für schuldig erklärte Frau[2]) hat dem geschiedenen Manne den standesmäßigen[3]) Unterhalt insoweit[4]) zu gewähren, als er außerstande ist, sich selbst zu unterhalten[7])[8]).

E I 1454 Abs 1 II 1472 M 4, 617 ff. P 4, 515 ff.

1. Das BGB hat es abgelehnt, sogenannte Ehescheidungsstrafen einzuführen (vgl. RG 50, 307). Von der Auffassung geleitet, daß die Gestaltung der Ehe als Quelle vermögensrechtlicher Vorteile dem Wesen der Ehe widerstrebe, hat das BGB an die Scheidung nur einen auf das Bedürfnis beschränkten **Unterhaltsanspruch** geknüpft, bei dem der Gesichtspunkt einer auf Billigkeit beruhenden Nachwirkung der Ehe vorherrscht. Dieser Unterhaltsanspruch ist im engen Anschluß an die gesetzliche Unterhaltspflicht der Verwandten (§§ 1601—1615) geregelt, weicht aber von letzterer in mehrfacher Beziehung erheblich ab. Notwendige Voraussetzungen der Unterhaltsgewährung sind Unterhaltsbedürftigkeit auf der einen Seite und Unterhaltsfähigkeit auf der andern Seite. Beide Voraussetzungen müssen gleichzeitig gegeben sein. Ob sie schon zur Zeit der Scheidung gegeben sind oder erst später eintreten, macht keinen Unterschied. — Vermindert sich nach der Scheidung die Unterhaltsfähigkeit des Pflichtigen, so muß sich der Berechtigte die hieraus folgende Minderung des Unterhalts ebenso gefallen lassen, als wenn die Ehe noch fortbestände (RG Warn 08 Nr 68; vgl. auch § 323 ZPO und § 1573 A 2).

2. Sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so findet ein Unterhaltsanspruch nicht statt. Im Falle der Scheidung wegen Geisteskrankheit wird dem geisteskranken Ehegatten ein Unterhaltsanspruch gegen den andern Ehegatten gewährt, § 1583. Vgl. auch § 1351 (Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung).

3. Standesmäßiger Unterhalt. Nach § 1580 Abs 3 findet auf den Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten der sich auf die Unterhaltspflicht der Verwandten beziehende § 1610 Anwendung. Danach bestimmt sich das Maß des zu gewährenden Unterhalts nach der Lebensstellung des Bedürftigen (standesmäßiger Unterhalt) und es umfaßt der Unterhalt den gesamten Lebensbedarf. Es kommt also nicht auf das bisher während der Ehe (vielleicht mit großem Aufwande) geführte Leben, sondern auf die allgemeine Lebensstellung an (Prot 4, 529). Vgl. im übrigen die Erläuterungen zu § 1610. Das Maß des zu gewährenden Unterhalts kann unter Umständen weniger als der standesmäßige Unterhalt betragen, sei es, daß der Unterhaltsberechtigte infolge eigener Hilfsquellen weniger braucht, sei es, daß der Unterhaltspflichtige das volle Maß nicht gewähren kann.

4. Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten setzt seine **Unterhaltsbedürftigkeit** voraus. Ist der unterhaltsberechtigte Ehegatte imstande, die zu seinem standesmäßigen Unterhalte erforderlichen Kosten wenigstens zum Teile zu bestreiten, so hat der unterhaltspflichtige Ehegatte nur das Fehlende zuzuschießen. In beiden Absätzen des § 1578 ist darum das Wörtchen „insoweit" gebraucht.

5. Für die Frage, ob die Frau unterhaltsbedürftig ist, kommen nur die **Einkünfte ihres Vermögens** und der Ertrag ihrer Arbeit in Betracht. Da es auf die Einkünfte, nicht den Stamm ihres Vermögens ankommt (anders § 1579 Abs 2), setzt Unterhaltsbedürftigkeit der Frau nicht voraus, daß der Stamm ihres Vermögens aufgezehrt ist. Diese Regelung entspricht der Vorschrift des § 1360 Abs 1. Anders die Unterhaltsbedürftigkeit des

Mannes (vgl. A 7 und Prot 4, 521). Freiwillige Zuwendungen, die die Frau von ihren Verwandten oder Freunden erhält und die ihr jederzeit wieder entzogen werden können, braucht sie sich auf den vom Manne zu gewährenden Unterhalt nicht anrechnen zu lassen. Die wohltätige Absicht des Zuwenders, den Unterstützten besser zu stellen, würde sonst vereitelt werden und die Zuwendung nicht dem Unterstützten, sondern dem Unterhaltspflichtigen zugute kommen (RG 72, 199; vgl. RG JW 05, 212[21]).

6. Bei der Frage, ob nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, **Erwerb durch Arbeit der Frau üblich** ist, darf nicht lediglich auf den Stand der Frau oder den Stand des Mannes Gewicht gelegt werden, sondern es müssen auch ihr Vermögen, Erwerb, Beruf, Amt und ähnliche das Erwerbsleben und die gesellschaftliche Stellung der Eheleute bedingende Umstände berücksichtigt werden. Die Frau erwirbt durch Arbeit nicht nur, wenn sie dritten Personen gegen Entgelt Arbeiten leistet, sondern auch wenn sie für ihren Mann arbeitet. Auch die dem Manne geleisteten persönlichen Dienste können die Eigenschaften erwerbender Tätigkeit besitzen und es ist dabei ohne Belang, ob der durch die Arbeit der Frau erzielte Gewinn ihr verbleibt oder dem Manne zufließt. Anderseits kann es nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich sein, daß die Frau während der Ehe häusliche Dienste verrichtet, z. B. die Mahlzeiten bereitet, Stuben aufräumt, für die Familie Schneiderarbeit verrichtet oder in des Mannes Laden Kunden bedient. Aus dieser Tatsache der Beihilfe im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes folgt aber nicht ohne weiteres, daß der Frau zuzumuten sei, nach Auflösung der Ehe auch in fremden Häusern ähnliche Dienste zu verrichten. Ist jedoch die Frage, ob erwerbende Tätigkeit der Frau während der Ehe üblich ist, zu bejahen, so muß sich die Frau, auch wenn sie solche Tätigkeit während der Ehe tatsächlich nicht ausgeübt hat, das, was sie durch Arbeit erwerben könnte, auf den Unterhalt anrechnen lassen. Ist die Frage dagegen zu verneinen, so bleibt der Ertrag ihrer Arbeit von der Anrechnung ausgeschlossen, selbst wenn sie während der Ehe erwerbende Tätigkeit ausgeübt hat (RG 62, 294; 67, 56; RG JW 07, 835[18]). Die geschiedene Ehefrau ist verpflichtet, eine ihr sich bietende, den früheren Verhältnissen entsprechende Gelegenheit zur Betätigung ihrer Fähigkeiten und Sicherung ihrer wirtschaftlichen Lage zu benutzen, andernfalls sich ihr Unterhaltsanspruch entsprechend ermäßigt (RG 21. 2. 10 IV 218/09).

7. Der **Mann** ist außerstande, sich selbst zu unterhalten, wenn er kein Vermögen hat und zum Erwerbe unfähig ist. **Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit** müssen zusammentreffen, um seine Unterhaltsbedürftigkeit zu begründen. Diese Regelung entspricht der Vorschrift des § 1360 Abs 2. Anders die Unterhaltsbedürftigkeit der Frau (vgl. A 5 und Prot 4, 521). Auch unter Verwandten ist unterhaltsberechtigt nur, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten (§ 1602 Abs 1; vgl. die Erläuterungen zu § 1602).

8. **Beweislast.** Klagt die Frau, so hat sie den Mangel ausreichender Einkünfte zu beweisen. Der Beklagte hat zu beweisen, daß nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist. Demgegenüber hat die Frau zu beweisen, daß der Ertrag ihrer Arbeit nicht ausreicht (z. B. wegen unzureichender Arbeitskraft oder mangelnder Arbeitsgelegenheit). Klagt der Mann, so hat er seine unzureichenden Vermögens- und Erwerbsverhältnisse zu beweisen. In allen Fällen hat der Kläger den zum standesmäßigen Unterhalt erforderlichen Betrag, und der Beklagte seine Unterhaltsunfähigkeit zu beweisen.

§ 1579

Soweit der allein für schuldig erklärte Ehegatte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen[1]) außerstande[2]) ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen[1]) Unterhalts dem andern Ehegatten Unterhalt zu gewähren, ist er berechtigt[3]), von den zu seinem Unterhalte verfügbaren Einkünften[4]) zwei Dritteile oder, wenn diese zu seinem notdürftigen Unterhalte[5]) nicht ausreichen, soviel zurückzubehalten, als zu dessen Bestreitung erforderlich ist[6]). Hat er einem minderjährigen unverheirateten Kinde oder infolge seiner Wiederverheiratung dem neuen Ehegatten Unterhalt zu gewähren[7]), so beschränkt sich seine Verpflichtung dem geschiedenen Ehegatten gegenüber auf dasjenige, was mit Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Beteiligten der Billigkeit entspricht[8]).

Der Mann ist der Frau gegenüber unter den Voraussetzungen des Abs. 1 von der Unterhaltspflicht ganz befreit, wenn die Frau den Unterhalt aus dem Stamme[9]) ihres Vermögens bestreiten kann[10]).

E I 1454 Abs 1 1483 Abs 3 II 1473, 1504 Abs 2 M 4, 618; P 4, 523; 6, 291.

1. Darüber, was unter „Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen" und unter „Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts" zu verstehen ist, vgl. die Erläuterungen zu § 1603.

2. Die **Unterhaltsfähigkeit** bemißt sich im Falle des § 1579 Abs 1 Satz 1 nach den verfügbaren Einkünften und der Erwerbskraft des unterhaltspflichtigen Gatten. Aufwendungen aus dem Stamme seines Vermögens sind ihm nicht zuzumuten. Was die Erwerbskraft betrifft, so kommt es nicht darauf an, was der Unterhaltspflichtige tatsächlich erwirbt, sondern darauf, was er bei Anspannung seiner Kräfte erwerben kann. Der Unterhaltspflichtige kann sich der Unterhaltspflicht nicht dadurch entziehen, daß er es unterläßt, seine Erwerbsfähigkeit auszunutzen (RG 17. 10. 07 IV 86/07). Er ist zur Anspannung seiner Kräfte und zur Nutzbarmachung seines Vermögens verpflichtet (RG 14. 1. 07 IV 277/06). Bei der unterhaltspflichtigen Frau wird freilich wie im Falle des § 1578 Abs 1 Vorbedingung sein, daß nach den in der Ehe bestandenen Verhältnissen Erwerb durch Frauenarbeit üblich ist (vgl. § 1578 A 6).

3. Beweislast. Der Unterhaltspflichtige muß die Umstände darlegen, aus denen sich seine Berechtigung zur Zurückbehaltung eines Teiles seiner Einkünfte oder aller Einkünfte ergibt.

4. Der Stamm seines Vermögens bleibt dem Unterhaltspflichtigen ungeschmälert (A 2).

5. Über den Begriff des notdürftigen Unterhalts vgl. die Erläuterungen zu § 1611 und RG JW 07, 711[21].

6. Zwei Dritteile der verfügbaren Einkünfte, mindestens aber soviel, als zur Bestreitung des eigenen notdürftigen Unterhalts erforderlich ist, dürfen zurückbehalten werden. Betragen im einzelnen Falle die zwei Dritteile mehr, als zur Bestreitung des standesmäßigen Unterhalts des Verpflichteten erforderlich ist, so gebührt der Mehrbetrag dem Unterhaltsberechtigten, denn die zwei Dritteile sind nur soweit zurückzubehalten, als sie zur Deckung des standesmäßigen Unterhalts gebraucht werden. Beispiel: Zum standesmäßigen Unterhalt eines jeden der beiden Ehegatten werden jährlich 3000 Mk. gebraucht. Der Unterhaltspflichtige verfügt über 6000 Mk. Jahreseinkünfte. Er darf 3000 Mk. zurückbehalten und muß 3000 Mk. abgeben. Verfügte er aber nur über 5400 Mk., so darf er nicht etwa volle zwei Dritteile, also 2 × 1800 = 3600 Mk., sondern auch nur 3000 Mk. zurückbehalten, und muß 2400 Mk. abgeben. Betragen die zwei Dritteile weniger, als zur Bestreitung des standesmäßigen Unterhalts des Verpflichteten erforderlich ist, so gebühren dem Verpflichteten die vollen zwei Dritteile, dem Berechtigten ein Dritteil. Beispiel: Zum standesmäßigen Unterhalte des Verpflichteten werden jährlich 3000 Mk. gebraucht. Er verfügt über 4200 Mk. Jahreseinkünfte. Zurückbehalten kann er 2 × 1400 = 2800 Mk.; abgeben muß er 1400 Mk. Betragen die zwei Dritteile nicht einmal soviel, daß sie zur Bestreitung des notdürftigen Unterhalts des Verpflichteten ausreichen, so kann der hierzu fehlende Betrag außer den zwei Dritteilen zurückbehalten werden, und der Unterhaltsberechtigte erhält nur den Überschuß. Beispiel: Zum notdürftigen Unterhalte des Verpflichteten werden 2400 Mk. jährlich gebraucht. Er verfügt über 3300 Mk. Jahreseinkünfte. Zurückbehalten kann er nicht nur 2 × 1100 = 2200 Mk., sondern auch noch die fehlenden 200 Mk., braucht also nur 900 Mk. abzugeben.

7. Einer der hier vorgesehenen Fälle der **Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung** liegt vor, wenn der unterhaltspflichtige Ehegatte zur Gewährung des Unterhalts an das Kind, bezw. den neuen Ehegatten nicht nur rechtlich verpflichtet ist, sondern auch den Unterhalt tatsächlich gewährt oder doch wenigstens seine alsbaldige Inanspruchnahme gewärtigen muß (RG 72, 199). Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten geht den Unterhaltsansprüchen der volljährigen Kinder, der verheirateten Kinder und aller übrigen Verwandten vor (§ 1609 Abs 2). Der § 1579 Abs 1 Satz 2 bezieht sich nur auf eheliche Kinder (RG 14. 1. 07 IV 277/06). Der Anspruch volljähriger Töchter aus § 1620 auf Aussteuer steht dem Unterhaltsanspruche des geschiedenen Ehegatten nach (RG 10. 6. 07 IV 542/06). Die Anwendung des § 1579 Abs 1 Satz 2 wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß das minderjährige unverheiratete Kind im Hauswesen des Unterhaltspflichtigen gemäß § 1617 Dienste leistet (RG 1. 12. 04 IV 249/04).

8. Billigkeit. Auch im Falle des § 1579 Abs 1 Satz 2 müssen die Voraussetzungen des § 1579 Abs 1 Satz 1 vorliegen (RG JW 03 Beil 88[204]; RG 67, 56), und es kann der Verpflichtete angehalten werden, mehr herzugeben, als ihm nach Deckung seines Eigenbedarfs übrig bleibt (RG 67, 60). Anderseits kann die im Gesetze bestimmte Beschränkung der Unterhaltspflicht soweit reichen, daß der Verpflichtete nichts herzugeben hat (RG 48, 112). Der § 1579 Abs 1 Satz 2 gilt nicht für den Fall, daß der schuldige Ehegatte sich vor seiner Wiederverheiratung dem andern gegenüber vertragsmäßig verbindlich gemacht hatte, ihm die Unterhaltsrente in einer bestimmten Höhe zu leisten (RG 56, 121).

9. Gänzliche Befreiung. Abweichung von § 1578 Abs 2 (vgl. § 1578 A 5). Soweit der Mann außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts der Frau den Unterhalt zu gewähren, muß die Frau zuerst den Stamm ihres Vermögens verbrauchen (RG 1. 12. 04 IV 249/04). Die Befreiung reicht soweit wie die Gefährdung, kann also je nach der Sachlage eine gänzliche oder nur verhältnismäßige sein

10. **Die Verwandten des unterhaltsberechtigten Ehegatten** haften vor dem allein für schuldig erklärten Ehegatten, wenn und soweit dieser bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren (§ 1608). So ist der Mann, insoweit sein Schwiegervater im Sinne des § 1603 Abs 1 imstande ist, den Unterhalt zu bestreiten (§ 1601), von der Unterhaltspflicht befreit (RG JW 04, 176[20]).

§ 1580

Der Unterhalt ist durch Entrichtung einer Geldrente[1]) nach Maßgabe des § 760 zu gewähren. Ob, in welcher Art und für welchen Betrag der Unterhaltspflichtige Sicherheit[2]) zu leisten hat, bestimmt sich nach den Umständen[3]).

Statt der Rente kann der Berechtigte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt[4]).

Im übrigen finden die für die Unterhaltspflicht der Verwandten geltenden Vorschriften der §§ 1607, 1610, des § 1611 Abs. 1, des § 1613 und für den Fall des Todes des Berechtigten die Vorschriften des § 1615 entsprechende Anwendung[5]).

E I 1454 II 1474, M 4, 618; P 4, 529 ff.

1. **Geldrente.** Diese Regelung entspricht dem § 1361 (Getrenntleben der Ehegatten). § 1612 Abs 1 Satz 2 findet keine Anwendung, daher z. B. kein Recht auf Naturalversorgung

2. **Sicherheitsleistung** (§§ 232—240 BGB; § 324 ZPO).

3. Diese Regelung entspricht dem § 843 Abs 2 Satz 2.

4. Diese Regelung entspricht dem § 843 Abs 3.

5. Auf den Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten findet § 1614 Abs 1, wonach für die Zukunft auf den Unterhalt nicht verzichtet werden kann, keine Anwendung. Die Unterhaltspflicht kann schon im voraus für den Fall der Ehescheidung durch Vertrag geregelt, also auch erlassen werden. Der Vertrag ist aber nichtig, wenn er auf Erleichterung der Scheidung abzielt, RG 26. 4. 09 IV 370/08.

§ 1581

Die Unterhaltspflicht erlischt mit der Wiederverheiratung[1]) des Berechtigten.

Im Falle der Wiederverheiratung des Verpflichteten finden die Vorschriften des § 1604 entsprechende Anwendung.

E I 1454 Abs 1, 2 II 1475 M 4, 619 P 4, 519 ff.

1. **Wiederverheiratung.** Die Unterhaltspflicht erlischt nicht, wenn die neue Ehe des Berechtigten nichtig ist. Von einem Verzuge des Unterhaltspflichtigen (§ 1613) kann freilich bis zur Nichtigkeitserklärung (bei unvollkommener Nichtigkeit) keine Rede sein. Auflösung der neuen Ehe ruft die erloschene Unterhaltspflicht nicht wieder ins Leben. Die Wiederverheiratung der Witwe eines Getöteten hat nicht ohne weiteres den Verlust ihres Anspruchs auf Unterhaltsrente gegen den Beschädiger zur Folge (RG JW 05, 143[23])

2. **Übergangsrecht.** Die Bestimmung des § 1584 Abs 2 kann nicht auf Fälle zurückwirken, in denen die Scheidung der Ehe bereits vor dem 1. 1. 00 erfolgt ist. Die entgegengesetzte Ansicht findet im BGB keine Stütze. Auch aus den Art 199, 201, 206 EG ist dafür nichts zu entnehmen. RG 48, 4.

§ 1582

Die Unterhaltspflicht erlischt nicht mit dem Tode des Verpflichteten[1]).

Die Verpflichtung des Erben unterliegt nicht den Beschränkungen des § 1579. Der Berechtigte muß sich jedoch die Herabsetzung[2]) der Rente bis auf die Hälfte der Einkünfte gefallen lassen, die der Verpflichtete zur Zeit des Todes[3]) aus seinem Vermögen bezogen hat[4]). Einkünfte aus einem Rechte[5]), das mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses erlischt, bleiben von dem Eintritte des Zeitpunkts oder des Ereignisses an außer Betracht.

Sind mehrere Berechtigte vorhanden, so kann der Erbe die Renten nach dem Verhältnis ihrer Höhe soweit herabsetzen, daß sie zusammen der Hälfte der Einkünfte gleichkommen.

E I 1454 Abs I II 1476 M 4, 619 P 4, 525; 6, 293.

1. Mit dem **Tode des Berechtigten** erlischt der Unterhaltsanspruch, soweit er nicht die im § 1580 Abs 3 und § 1615 bezeichneten Nachleistungen betrifft. Die Unterhaltspflicht vererbt sich, unterliegt aber der Herabsetzung nach Abs 2 und 3. Mehr als den standesmäßigen Unterhalt hat der Erbe nicht zu gewähren und auch diesen nur nach Maßgabe des § 1578. Die Vorschriften in §§ 1580, 1581 Abs 1 bleiben gleichfalls maßgebend. Nach diesen Grundsätzen ist es möglich, daß der Erbe eine höhere oder geringere Unterhaltsrente als der Erblasser oder gar keine zu entrichten hat.

2. Das Recht des Erben auf **Herabsetzung der Rente** ist an keine Frist gebunden. Es steht jedem Miterben zu.

3. „Zur Zeit des Todes" bedeutet nicht den Todestag, sondern den je nach den Verhältnissen größeren oder geringeren Zeitraum, innerhalb dessen das Vermögen Einkünfte abwirft und der Tod erfolgt ist (RG 70, 213).

4. Ob der Erblasser **Einkünfte,** die sein Vermögen abwarf, tatsächlich bezogen hat, ist gleichgültig. Insofern ist die Fassung des Gesetzes ungenau. Unter den Einkünften, die der Verpflichtete zur Zeit des Todes aus seinem Vermögen bezogen hat, ist nichts anderes zu verstehen, als die Einkünfte des beim Tode vorhandenen Vermögens des Verpflichteten. Daher kommt es nicht darauf an, ob ein neuerbautes Miethaus am Todestage von Mietern noch nicht bezogen war, wenn nur der Mietzins schon in dem Kalendervierteljahre, in das der Todestag fällt, beziehbar war (RG 70, 213). Das Gesetz hat den Regelfall im Auge, daß der Verpflichtete alle Einkünfte, die er beziehen konnte, auch bezogen hat. Einkünfte, die nach wirtschaftlichen Grundsätzen hätten bezogen werden können, aber nicht bezogen worden sind, müssen als bezogen gelten.

5. **Einkünfte aus Rechten.** Z. B. aus einem Urheberrechte.

§ 1583

[1]Ist die Ehe wegen Geisteskrankheit eines Ehegatten geschieden, so hat ihm der andere Ehegatte Unterhalt in gleicher Weise zu gewähren wie ein allein für schuldig erklärter Ehegatte.

E II 1477 P 4, 444, 532.

1. **Grund und Zweck.** Die Vorschrift des § 1583 entspringt Billigkeitsrücksichten. Sie bezweckt nicht nur, den geisteskranken geschiedenen Ehegatten wirtschaftlich möglichst selbständig zu stellen, sondern will auch einen gewissen Schutz gegen Mißbrauch der Scheidung wegen Geisteskrankheit schaffen. Gleiche Zwecke verfolgt § 1478 Abs 3 (vgl. Prot 4, 444).

§ 1584

[1]Ist ein Ehegatte allein für schuldig erklärt, so kann der andere Ehegatte[2]) Schenkungen[3]), die er ihm während des Brautstandes oder während der Ehe gemacht hat, widerrufen. Die Vorschriften des § 531 finden Anwendung.

Der Widerruf ist ausgeschlossen, wenn seit der Rechtskraft des Scheidungsurteils ein Jahr verstrichen oder wenn der Schenker oder der Beschenkte gestorben ist[4]).

E I 1453 II 1471 M 4, 612 P 4, 438.

1. Die allgemeinen Bestimmungen über den **Widerruf von Schenkungen** wegen Undanks (§§ 530—534) sind von der Anwendung auf geschiedene Ehegatten nicht ausgeschlossen, gleichviel ob der Schenker oder der Beschenkte oder beide Teile für schuldig erklärt sind. Diese durch die allgemeinen Bestimmungen begründeten Rechte erfahren aber durch die Sonderbestimmung des § 1584 eine Erweiterung. Das im § 1584 eingeräumte Widerrufsrecht setzt Undank nicht voraus. Das Widerrufsrecht des § 1584 ist wie das des § 530 höchstpersönlicher Natur und daher weder übertragbar noch vererblich. Ist das Widerrufsrecht vom Berechtigten ausgeübt, so ist der daraus folgende Herausgabeanspruch übertragbar und vererblich.

2. Ist der **andere Ehegatte** in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, sofern solche nach den allgemeinen Bestimmungen, von denen § 1584 hierin nicht abweicht, erforderlich ist.

3. Unter **Schenkungen** sind hier nur Schenkungen unter Lebenden und solche Schenkungen auf den Todesfall zu verstehen, die nach § 2301 Abs 2 als Schenkungen unter Lebenden behandelt werden. — Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen worden war (§ 534), unterliegen gleichfalls dem Widerrufsrecht aus § 1584 (RG 58, 382). Ein Ehemann, der seine Frau mit Schmucksachen beschenkt hat, kann die Schenkung wegen groben Undanks (§ 530) widerrufen, wenn die Frau ein öffentlich gezeigtes Liebesverhältnis mit einem andern Manne unterhält (RG JW 09, 148[9]).

4. **Ausschluß des Widerrufs** tritt auch durch Verzicht ein. Entsprechend dem § 533 kann jedoch auf das Widerrufsrecht erst verzichtet werden, wenn der Ehescheidungsgrund dem andern Ehegatten bekannt geworden ist. Über den Einfluß der Scheidung bezw. Erhebung der Scheidungsklage auf letztwillige Verfügungen, die ein Ehegatte zugunsten des andern trifft, vgl. §§ 2077, 2268, 2279.

§ 1585

Hat der Mann einem gemeinschaftlichen Kinde Unterhalt zu gewähren[2]), so ist die Frau verpflichtet, ihm aus den Einkünften ihres Vermögens und dem Ertrag ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts einen angemessenen Beitrag zu den Kosten des Unterhalts zu leisten, soweit nicht diese durch die dem Manne an dem Vermögen des Kindes zustehende Nutznießung gedeckt werden. Der Anspruch des Mannes ist nicht übertragbar.

Steht der Frau die Sorge für die Person des Kindes zu und ist eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts des Kindes zu besorgen, so kann die Frau den Beitrag zur eigenen Verwendung für den Unterhalt des Kindes zurückbehalten[1]).

E I 1458; II 1481; M 4, 628; P 4, 449.

1. **Beitragspflicht der Frau.** Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den Kindern beruht auf der Verwandtschaft (§ 1601), nicht auf der Ehe, und kann mithin im Verhältnisse zu den Kindern durch die Scheidung der Ehe weder geändert, noch beseitigt werden. Demgemäß haftet den Kindern gegenüber nach wie vor der Scheidung der Vater vor der Mutter, ausgenommen, wenn der Mutter die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zusteht, in welchem Falle die Mutter vor dem Vater haftet (§ 1606 Abs 2). Diese Reihenfolge der Haftung gilt ohne Rücksicht darauf, ob das Recht der Sorge für die Person des Kindes gemäß § 1635 dem Vater oder der Mutter zusteht (M 4, 628). Im Verhältnisse der Eltern zueinander (RG 57, 75) tritt jedoch mit der Scheidung eine Änderung der Unterhaltspflicht insofern ein, als die Kosten des Unterhalts der Kinder nunmehr nach Maßgabe des § 1585 von den Eltern gemeinschaftlich zu tragen sind. Der § 1585 setzt nur eine Beitragspflicht der Frau, nicht des Mannes fest. Bei Anwendung des § 1585 sind die Fragen, wer für den schuldigen Teil erklärt ist und wem die Sorge für die Person des Kindes zusteht — abgesehen von der Bestimmung im Abs 2 — bedeutungslos.

§ 1586

Wird nach § 1575 die eheliche Gemeinschaft aufgehoben[1]), so treten die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen[2]) ein; die Eingehung einer neuen Ehe ist jedoch ausgeschlossen. Die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe finden Anwendung, wie wenn das Urteil nicht ergangen wäre.

1. Die **eheliche Gemeinschaft** wird in dem Zeitpunkt **aufgehoben,** in dem das Aufhebungsurteil rechtskräftig wird (vgl. § 1576 A 6). Von da ab beginnen die Wirkungen der Scheidung.

2. **Alle mit der Scheidung verbundenen Wirkungen** treten ein, nur diejenigen nicht, die der § 1586 selbst ausnimmt. Zu diesen Ausnahmen gehört, daß die Ehegatten — anders als geschiedene Ehegatten — gehindert sind, eine neue Ehe einzugehen, sowie, daß die Ehe — anders als die geschiedene Ehe — noch ferner den Vorschriften über die Nichtigkeit und

Anfechtbarkeit der Ehe unterliegt. Hieraus folgt, daß das Band der Ehe durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft noch nicht gelöst ist. Dasselbe ergibt sich auch daraus, daß bloße Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1587) ohne förmliche Eheschließung genügt, die Ehe vollinhaltlich wiederherzustellen. — Die Ehefrau kann nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft selbständig einen Wohnsitz begründen (RG 59, 337).

§ 1587

Wird die eheliche Gemeinschaft nach der Aufhebung[1]) wieder hergestellt[2]), so fallen die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weg und tritt Gütertrennung ein[3]).

1. Die Worte „**nach der Aufhebung**" bedeuten: nach dem Zeitpunkt, in dem das Aufhebungsurteil rechtskräftig geworden ist (vgl. § 1576 A 6).

2. Die **Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft** ist eine von Rechtsfolgen begleitete, keiner Form bedürfende, zweiseitige Handlung. Ein geschäftsunfähiger Ehegatte kann sie nicht vornehmen und ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Ehegatte bedarf dazu der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Ob Ehegatten die eheliche Gemeinschaft wieder hergestellt haben, läßt sich im übrigen nur nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilen.

3. Die **Folgen der Wiederherstellung** treten für die Zukunft ein. Rückwirkende Kraft hat die Wiederherstellung nicht. Entsteht ein neuer Scheidungsgrund, so kann wiederum der verletzte Ehegatte nach seiner Wahl auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft oder Scheidung klagen und der andere Ehegatte hat das Antragsrecht aus § 1575 Abs 1 Satz 2. — Wegen der Berichtigung des Heiratsregisters vgl. Art 46 § 55 EG. Gütertrennung §§ 1426 ff.

Achter Titel
Kirchliche Verpflichtungen

§ 1588

Die kirchlichen Verpflichtungen in Ansehung der Ehe werden durch die Vorschriften dieses Abschnitts nicht berührt[1]).

1. Der ganze erste Abschnitt des vierten Buches bezieht sich, wie seine Überschrift ergibt, auf die bürgerliche Ehe, d. h. auf die bürgerliche Seite der Ehe, und läßt deren kirchliche Seite unberührt.

Zweiter Abschnitt
Verwandtschaft

Erster Titel
Allgemeine Vorschriften

§ 1589

[1])Personen, deren eine von der andern abstammt, sind in gerader Linie verwandt. Personen, die nicht in gerader Linie verwandt sind, aber von derselben dritten Person abstammen, sind in der Seitenlinie verwandt. Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten[2]) [3]).

Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt[4]).

E I 30 und 31 II 15 M 1, 65 P 4, 35, 37; 6, 112.

1. Die früher in den allgemeinen Teil aufgenommenen §§ 1589 und 1590 bestimmen, was unter **Verwandtschaft** und **Schwägerschaft** im Sinne des BGB, nicht bloß im Sinne des 4. Buches zu verstehen ist. Nach Art 33 EG erstreckt sich ihre Geltung auch auf das AnfG vom 21. 7. 79, die Prozeßgesetze (ZPO, StPO, KO) und das GVG. Bezüglich der nach dem BGB erlassenen Reichs- und Landesgesetze darf davon ausgegangen werden,

daß sie den Begriff der Verwandtschaft und Schwägerschaft in demselben Sinne verstehen wie das BGB, während bezüglich der früheren Gesetze die gleiche Vermutung nicht Platz greifen kann.

2. Der **Grad der Verwandtschaft**, der in den verschiedensten Beziehungen (für Erbrecht, Unterhaltspflicht, Zeugnispflicht usw.) von Bedeutung ist, wird bei den Verwandten gerader Linie durch Zählung der die Abstammung vermittelnden Geburten, bei den Seitenverwandten durch Zählung der sämtlichen von dem einen Verwandten über den gemeinschaftlichen Stammvater hinweg bis zu dem andern Verwandten führenden Geburten berechnet, nicht, wie nach germanischer und kanonischer Zählweise, durch Zählung der bis zu dem gemeinschaftlichen Stammvater reichenden Geburten, deren Zahl für jeden der beiden Verwandten eine verschiedene sein kann. Für die gesetzliche Erbfolge ist übrigens nicht die Gradesnähe, sondern die Zugehörigkeit zu den verschiedenen Stämmen (Linien oder Parentelen) — Abkömmlinge des Erblassers, Eltern und deren Abkömmlinge, Großeltern und deren Abkömmlinge usw. — maßgebend und nur innerhalb desselben Stammes, abgesehen von den vorgenannten drei ersten Stämmen, gibt die Gradesnähe den Vorzug (Linealgradualordnung). Es sind deshalb, wenn der Erblasser schlechtweg seine „nächsten Verwandten" bedenkt, nach der Auslegungsregel des § 2067 hierunter nicht die dem Grade nach nächsten Verwandten, sondern die zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Verwandten zu verstehen. Die Verwandten absteigender Linie werden im BGB als „Abkömmlinge" bezeichnet, während der Ausdruck „Kinder" nur die Abkömmlinge ersten Grades bedeutet (ebenso in § 65 Pr. G. vom 8. 3. 71 nach RG 5. 4. 00 IV 24/00). Für die Verwandten aufsteigender Linie wird in §§ 685, 1310 Abs 2 der Ausdruck „Eltern und Voreltern" gebraucht.

3. Eine allgemeine **Klage auf Feststellung der Verwandtschaft** ist zulässig, wenn sich das Rechtsschutzinteresse des Klägers nicht in der Feststellung der Verwandtschaft für ein besonderes Rechtsverhältnis erschöpft (vgl. § 1593 A 1). Mit der Klage auf Herausgabe der Erbschaft kann nötigenfalls die Klage auf Feststellung des Verwandtschaftsverhältnisses verbunden werden (vgl. RG 14. 1. 04 IV 123/03).

4. Dadurch, daß **keine Verwandtschaft zwischen dem Vater und dem unehelichen Kinde** im BGB — anders im StGB — anerkannt wird, ist auch ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem unehelichen Kinde und den Verwandten des Vaters ausgeschlossen. Desgleichen ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen den unehelichen Kindern desselben Vaters, die deshalb, wenn sie zugleich von derselben Mutter abstammen, nur halbbürtige Geschwister sind. Das natürliche Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Vater und dem unehelichen Kinde hat für das BGB nur die Bedeutung, daß es nach § 1310 Abs 3 das Ehehindernis der Verwandtschaft sowie nach §§ 1708 ff. eine gewisse Unterhaltspflicht des Vaters begründet und daß es die Grundlage der Legitimation bildet. Unter „Vater" wird deshalb im BGB (vgl. §§ 1776 Nr 1 und anderseits Nr 2, 1782 usw.) der natürliche Vater niemals mitbegriffen, ebensowenig gehört das uneheliche Kind zu den „Abkömmlingen des Vaters", wie dieses auch nicht zu den Hinterbliebenen eines Beamten im Sinne des RBG vom 18. 5. 07 (§ 69) gerechnet wird. — Durch **Annahme an Kindes Statt** wird ein künstliches Verwandtschaftsverhältnis nur zwischen den Vertragsparteien einschließlich der nach Vertragsschluß geborenen Abkömmlinge des angenommenen Kindes geschaffen, §§ 1762, 1763.

§ 1590

[1])Die Verwandten eines Ehegatten[2]) sind mit dem andern Ehegatten verschwägert. Die Linie und der Grad der Schwägerschaft bestimmen sich nach der Linie und dem Grade der sie vermittelnden Verwandtschaft.

Die Schwägerschaft dauert fort, auch wenn die Ehe, durch die sie begründet wurde, aufgelöst ist.

E I 32, 33 II 16 M 1, 67 P 4, 36.

1. Über das Geltungsgebiet des § 1590 s. § 1589 A 1.

2. **Schwägerschaft** besteht nur zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des andern Ehegatten — wobei der Grad der Verwandtschaft mit diesem zugleich den Schwägerschaftsgrad bestimmt —, nicht auch zwischen einem Ehegatten und dem Ehegatten eines solchen Verwandten. Auf das uneheliche Kind eines Vaters kann sich, da das Kind mit diesem nicht verwandt ist (§ 1589 Abs 2), das Schwägerschaftsverhältnis nicht erstrecken. Die Schwägerschaft setzt das Bestehen einer gültigen Ehe voraus. Der gute Glaube der Ehegatten an die Gültigkeit der Ehe ist hierfür einflußlos. Als Ehehindernis kommt auch das Schwägerschaftsverhältnis auf Grund außerehelicher Beiwohnung in Betracht, indem dem Beiwohnenden nach § 1310 Abs 2 die Ehe mit den Verwandten auf- oder absteigender Linie des andern Teils verboten ist.

3. Die einmal durch die Ehe begründete Schwägerschaft wird durch die **Auflösung der Ehe,** mag diese auf Tod, auf Scheidung oder auf Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung beruhen, nicht aufgehoben, was auch für § 3 Nr 2 AnfG (vgl. § 1589 A 1) von Wichtigkeit ist (RG 63, 93). Nach Auflösung der Ehe kann ein Schwägerschaftsverhältnis zwischen dem einen Ehegatten und den nach dieser Zeit erzeugten Kindern des andern Ehegatten nicht mehr entstehen.

Zweiter Titel

Eheliche Abstammung

1. An der Feststellung der ehelichen Abstammung, die nicht nur für das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern, sondern allgemein für das Verwandtschaftsverhältnis die Grundlage bildet, hat auch der Staat ein Interesse, das er durch die Einrichtung der **Personenstandsregister** betätigt. Der Beweis der Abstammung kann durch die Eintragung im Geburtsregister (§§ 17 ff. PStG v. 6. 2. 75) geführt werden. Die Angaben im Geburtsregister sind solange beweisend, bis der Gegenbeweis erbracht ist (§ 15 PStG, § 415 ZPO). Auf die Angabe der Verehelichung der Eltern erstreckt sich indes diese Beweiskraft nicht, da das Geburtsregister zum Beweise dieser Tatsache nicht bestimmt ist (RG 14. 1. 04 IV 123/03). Nicht die Abstammung, sondern nur die Abgabe des Anerkenntnisses wird durch das nach § 25 PStG einzutragende Anerkenntnis der Vaterschaft (§ 1718) beurkundet, so daß für ein Berichtigungsverfahren wegen sachlicher Unrichtigkeit des Anerkenntnisses kein Raum ist (RG 68, 60). Das in der Ehe oder binnen 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geborene Kind hat der Standesbeamte als eheliches einzutragen, da das Kind solange, bis es auf Anfechtungsklage des Ehemannes für unehelich erklärt ist, als eheliches gilt (vgl. § 1593 A 2). Anders ist es, wenn durch die Todeserklärung des Mannes die Vermutung der Auflösung der Ehe begründet ist, welche Vermutung auch der Standesbeamte zu beachten hat (RG 60, 199). Ist durch rechtskräftiges Urteil auf Anfechtungsklage des Ehemanns die Unehelichkeit festgestellt, so ist diese Änderung des Personenstandes auf Antrag eines Beteiligten am Rande der den Geburtsfall betreffenden Eintragung zu vermerken (§ 26 PStG).

2. **Geltungsgebiet.** Auf dem Gebiete des Lehnrechts, des Fideikommißrechts und des Stammgüterrechts ist das Landesrecht in Geltung geblieben (Art 59 EG). Es können deshalb mit einer auf diese Gebiete beschränkten Wirkung landesrechtlich abweichende Vorschriften über eheliche Abstammung usw. (vgl. § 1593 A 1, § 1912 A 3) gegeben werden. Das Sonderrecht des hohen Adels usw. ist aufrechterhalten durch Art 57, 58 EG.

3. **Räumliche und zeitliche Herrschaft.** Die Frage der Ehelichkeit ist nach Art 18 EG (vgl. auch Art 29 daselbst) nach deutschem Recht zu beurteilen, wenn der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes oder seines vorher erfolgten Todes ein Deutscher war. Nach deutschem Recht sind in diesem Falle auch die mit der Ehelichkeit in Zusammenhang stehenden weiteren Fragen der Anfechtung der Ehelichkeit, der Anerkennung usw., worüber sich die §§ 1591 bis 1600 verhalten, zu entscheiden. Die Gültigkeit der Ehe dagegen, auf die es für die Ehelichkeit ebenfalls ankommt, bestimmt sich nach dem Grundsatz des Art 13 EG für jeden Ehegatten nach dem Recht der Staatsangehörigkeit zur Zeit der Eheschließung (a. A. Planck A 3; Niedner A 3). Die Vorschriften der §§ 1596, 1597 über die Anfechtung durch Erhebung der Anfechtungsklage bei dem inländischen Prozeßgericht oder durch Erklärung bei dem inländischen Nachlaßgericht sind, soweit deutsches Recht anwendbar ist, auch von dem im Auslande lebenden Ehemanne zu erfüllen, während es dafür, wie der in § 1597 Abs 1 vorgeschriebenen öffentlich beglaubigten Form zu genügen ist, auf das Recht am Orte der Vornahme der Handlung ankommt (bestr.). Ist deutsches Recht nicht anwendbar, so wird dafür, welches ausländische Recht zur Anwendung kommt — falls nicht die ausländischen Rechte, die hierbei in Betracht kommen können, übereinstimmend eine andere Regel aufstellen (vgl. Vorbem 6 vor § 1) — ebenfalls auf die Staatsangehörigkeit des Ehemannes zur Zeit der Geburt zu sehen sein (für unbedingte Geltung des Rechts der Staatsangehörigkeit des Mannes Planck A 6; Staudinger A II 1). — Ist das Kind vor Inkrafttreten des BGB geboren, so ist die eheliche Abstammung lediglich nach bisherigem Recht zu beurteilen (KG in OLG 6, 57). Auch hinsichtlich der einzuhaltenden Anfechtungsfrist bleibt das frühere Recht maßgebend (RG 66, 249).

4. Für die Anfechtungsklage des Ehemanns der Mutter und den die Feststellung des Familienstandes betreffenden **Rechtsstreit** sind in §§ 640 ff. ZPO besondere Vorschriften gegeben, welche das Verfügungsrecht der Partei und den Erlaß eines Versäumnisurteils, soweit dies zum Nachteil der Ehelichkeit des Kindes ist, ausschließen. Als Beweismittel kann in einem solchen Prozesse über die Ehelichkeit die Untersuchung des körperlichen Zustandes einer Partei von Wichtigkeit sein. Zwangsmaßregeln können jedoch zu diesem Zwecke nicht angeordnet

werden (RG 24. 11. 02 IV 235/02; vgl. JW 97, 628[2]). Durch § 642 ist Vorsorge getroffen, daß der Beklagte, wenn einer der Streitteile ein Deutscher ist oder der Beklagte früher ein Deutscher war und diese Staatsangehörigkeit ohne Erwerb einer andern verloren hat, auch dann im Inlande verklagt werden kann, wenn er dort einen allgemeinen Gerichtsstand nicht hat.

§ 1591

Ein Kind, das nach der Eingehung der Ehe geboren wird, ist ehelich, wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen und der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat[1]). Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat[2]).

Es wird vermutet, daß der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe. Soweit die Empfängniszeit in die Zeit vor der Ehe fällt, gilt die Vermutung nur, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben[1]).

E I 1466, 1468—1470 II 1486 M 4, 646 ff. P 4, 456, 463, 861.

1. Das während der Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geborene Kind gilt solange als ehelich (ist solange als eheliches Kind legitimiert), bis die Ehelichkeit in zulässiger Weise angefochten und die Anfechtung erfolgreich durchgeführt ist (vgl. § 1593 A 2, § 1596 A 2, § 1597 A 1). Verschieden von dieser Frage der Legitimation ist die in § 1591 geregelte Frage der Beweisführung. Zum **Nachweise der ehelichen Abstammung** ist erforderlich der Beweis, daß das Kind während der Ehe oder, wie aus §§ 1592, 1593 zu ergänzen ist, innerhalb 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geboren ist, und weiter der Beweis, daß der Mann während der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat. Die Führung dieses zweiten Beweises wird erleichtert durch die in Abs 2 aufgestellte Vermutung und zwar gilt diese Vermutung nicht nur, wenn die Empfängniszeit in die Zeit nach Eingehung der Ehe fällt, sondern auch, wenn das Kind schon vor der Ehe empfangen ist, im letzteren Falle jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Ehemann die rechtzeitige Anfechtung der Ehelichkeit unterlassen hat. Diesem selbst steht also die Vermutung nicht entgegen, sondern nur den andern Beteiligten, die unter den Voraussetzungen des § 1593 zur Anfechtung berechtigt sind. Nicht beseitigt wird die Vermutung der Beiwohnung dadurch, daß den Eheleuten das Getrenntleben gerichtlich gestattet ist, auch nicht unbedingt dadurch, daß auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt ist, da die Eheleute nicht gehindert sind, jeden Augenblick, ohne daß es der Einhaltung einer Form bedarf, in die eheliche Gemeinschaft wieder einzutreten. Wird die Herstellung dieser Gemeinschaft behauptet, so ist es Sache des Gegners, die Behauptung zu widerlegen (anders die herrschende Meinung; vgl. auch § 1586 A 2). Ist der Ehemann für tot erklärt, so wird die Vermutung der Beiwohnung durch die Vermutung beseitigt, daß der Verschollene zu dem im Aufgebotsurteil bestimmten Zeitpunkte verstorben ist (§ 18), solange nicht diese letztere Vermutung widerlegt ist (RG 60, 199). Bei einer Doppelehe der Frau hebt sich die Vermutung der Ehelichkeit, da sie gleichmäßig für beide Ehemänner gelten würde, gegenseitig auf. Es kann deshalb nur die tatsächliche Abstammung entscheidend sein (RG 14. 1. 04 IV 123/03).

2. Die Führung des Gegenbeweises, daß der Ehemann während der Empfängniszeit der Frau nicht beigewohnt hat, ist unbeschränkt zulässig. Dagegen kann im Interesse der Ehelichkeit des Kindes die Vermutung der Ursächlichkeit der Beiwohnung nur durch den Gegenbeweis entkräftet werden, daß den Umständen nach die Erzeugung des Kindes durch den Ehemann „**offenbar unmöglich**" ist. Der Richter ist hierdurch angewiesen, wenn irgend ein Zweifel bleibt, zugunsten der Ehelichkeit zu entscheiden (RG Warn 08 Nr 220). Der Gegenbeweis kann dahin geführt werden, daß der Mann während der ganzen Dauer der Empfängniszeit zeugungsunfähig war oder daß die Beiwohnung aus andern Gründen keine befruchtende Wirkung haben konnte. Zur Führung des Gegenbeweises kann auch der Reifegrad des Kindes verwertet werden (RG JW 04, 236[12]; 10, 477[18]). Hieraus kann festgestellt werden, daß das nach Auflösung der Ehe kurz vor Ablauf der Frist von 302 Tagen geborene frühreife Kind nicht während der Ehe erzeugt sein kann und ebenso, daß das in der ersten Zeit der Ehe geborene vollständig ausgetragene Kind, dessen Geburt noch in die Empfängnisfrist fällt, aus der Zeit vor der Ehe herrühren muß. Die Geburt eines vollständig reifen Kindes erfordert nach naturwissenschaftlicher Lehre eine Schwangerschaft von mindestens 240 Tagen. Der Reifegrad kann auch dafür verwertet werden, daß das Kind aus einer in die gesetzliche Empfängniszeit fallenden Beiwohnung des Ehemannes, wenn feststeht, daß eine frühere oder spätere Beiwohnung nicht stattgefunden hat, nicht herrühren kann. Nicht ausreichend ist eine bloße

Wahrscheinlichkeit, daß es infolge Anwendung empfängnishindernder Mittel oder infolge eines für die Beischlafsvollziehung ungünstigen Körperbaues nicht zur Empfängnis gekommen sein werde (RG 11. 4. 07 IV 382/06). Die Art der Beweisführung ist — abgesehen von der nach §§ 641, 617 ZPO unzulässigen Eideszuschiebung — nicht beschränkt. Zulässig ist namentlich die Vernehmung der Mutter des Kindes, wobei allerdings die Glaubwürdigkeit der Zeugin, die ein besonderes Interesse daran haben kann, die Unehelichkeit des Kindes zu verdecken, sorgfältig zu prüfen ist. Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit können sich anderseits auch daraus ergeben, daß die Zeugin bestrebt ist, eine jede Möglichkeit der Vaterschaft ihres Mannes in Abrede zu stellen (vgl. RG 30. 12. 04 IV 204/04). Die Beschränkung des Gegenbeweises greift, wie aus der in den Worten „das Kind" enthaltenen Rückverweisung auf Satz 1 erhellt, nur zugunsten des Kindes Platz, dessen Ehelichkeit nach Satz 1 vermutet wird, nicht also, wenn festgestelltermaßen der Ehemann während der Empfängniszeit der Mutter nicht beigewohnt hat, zugunsten eines Kindes, das aus künstlicher Befruchtung hervorgegangen sein soll (RG JW 08, 485[18]). Die in dem angeführten Urteil unbeantwortet gelassene Frage, ob es rechtlich möglich ist, daß durch künstliche Befruchtung jemand ohne oder wider seinen Willen Vater wird, ist entschieden zu verneinen.

§ 1592

Als Empfängniszeit[1]) gilt die Zeit von dem einhunderteinundachtzigsten bis zu dem dreihundertundzweiten Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes, mit Einschluß sowohl des einhunderteinundachtzigsten als des dreihundertundzweiten Tages.

Steht fest, daß das Kind innerhalb eines Zeitraums empfangen worden ist, der weiter als dreihundertundzwei Tage vor dem Tage der Geburt zurückliegt, so gilt zugunsten der Ehelichkeit des Kindes dieser Zeitraum als Empfängniszeit[2]).

E I 1467 II 1487 M 4, 648 P 4, 457, 484.

1. Ohne die Bestimmung des § 1592 würde der Richter genötigt sein, in jedem einzelnen Falle auf Grund des Gutachtens von Sachverständigen die **Empfängniszeit** zu bestimmen. Das Gesetz gibt deshalb eine feste Regel. In die Frist ist der Tag der Geburt, das ist derjenige Tag, an dem die Trennung des Kindes vom Mutterleibe sich vollzogen hat, nicht einzurechnen. Bei Zwillingsgeburten kann naturgesetzlich die Empfängnis für die einzelnen Kinder nicht eine verschiedene sein. Sie muß deshalb nach der Geburt des ersten Kindes auch für das nachgeborene Kind berechnet werden.

2. Die Regel des § 1592 Abs 1 hat unbedingte Geltung nur insofern, als eine **kürzere Schwangerschaftsdauer** nicht anerkannt wird. Dagegen ist der Beweis, daß die Schwangerschaft im einzelnen Falle eine **längere Dauer** gehabt hat — was darauf beruhen kann, daß möglicherweise die Empfängnis erst 3 bis 4 Wochen nach der Beiwohnung eintritt — nicht ausgeschlossen (vgl. RG 5. 10. 08 IV 20/08). Es kommt hierfür darauf an, ob nach dem Reifegrade des Kindes und dem sonstigen Beweisergebnis anzunehmen ist, daß eine spätere Beiwohnung nicht stattgefunden hat. Über die Zulässigkeit des Beweises, daß die Empfängniszeit im einzelnen Falle zu weit bemessen ist, s. § 1591 A 2.

§ 1593

Die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb dreihundertundzwei Tagen nach der Auflösung der Ehe geboren ist, kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mann die Ehelichkeit angefochten hat oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist[1]) [2]).

E I 1471 Abs 1 II 1488 M 4, 657 P 4, 466; 6, 296.

1. **Anfechtungsrecht des Ehemanns.** Der Ehemann hat kraft dieser Eigenschaft, ohne Rücksicht darauf, ob er sich im Besitz der elterlichen Gewalt befindet, zu bestimmen, ob das während der Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach der Auflösung der Ehe geborene Kind (für dessen Ehelichkeit also die Vermutung streitet) als ehelich gelten soll. Er hat es damit in der Hand, durch Unterlassung der Anfechtung oder durch Anerkennung (§ 1598) einem in Wirklichkeit unehelichen Kinde die Stellung eines ehelichen zuzuwenden. Die Rechte der übrigen Beteiligten treten derart hinter dem Rechte des Ehemannes als Hauptbeteiligten zurück, daß sie an die von diesem ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Anerkennung gebunden sind. Die Befugnis, die Unehelichkeit des Kindes

geltend zu machen (was von der Anfechtung der Ehelichkeit zu unterscheiden ist), steht den Beteiligten — bezüglich der Lehns- und Fideikommißanwärter s. Vorbem 2 vor § 1591 — nur zu, wenn der Ehemann, ohne das Kind anerkannt zu haben, vor Ablauf der Anfechtungsfrist verstorben ist. Diese Befugnis kommt den Familienmitgliedern zu, die als solche ein Interesse daran haben, daß ein von dem Ehemann nicht erzeugtes Kind nicht in die Familie aufgenommen wird, sowie allen denjenigen Personen, deren Rechtszustand irgendwie davon berührt wird, ob das Kind als ehelich oder unehelich anzusehen ist. Dem natürlichen Vater kann die gleiche Befugnis, wenn er nicht etwa nachträglich die Mutter geheiratet hat und deshalb ein berechtigtes Interesse daran hat, das Kind als zu seiner Familie gehörig, nicht als zur Familie des ersten Ehemanns der Mutter gehörig, anerkannt zu sehen, nicht zugestanden werden (a. A. Dernburg IV § 67 A 7). Bei der Ausübung der Befugnis sind die Beteiligten voneinander unabhängig. Eine Frist zur Geltendmachung der Ehelichkeit ist nicht festgesetzt.

2. Dadurch, daß allein der Ehemann das Bestimmungsrecht hat, ob das Kind als eheliches gelten soll, ist die **Klage des Kindes auf Feststellung der Unehelichkeit** (actio paternitatis negativa) **ausgeschlossen.** Das Kind kann nicht im Widerspruch mit dem Bestimmungsrecht des Ehemannes die Feststellung begehren, daß dieser keine Elternrechte habe. Ist aber der Ehemann, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, verstorben, so steht nichts entgegen, daß die Unehelichkeit wie von jedem andern Beteiligten so auch von dem Kinde selbst geltend gemacht werden kann. Aus der Ausschließlichkeit des Anfechtungsrechts des Ehemannes ergibt sich weiter die wichtige Folge, daß ein jeder das Kind solange als eheliches gelten lassen muß, bis der Ehemann von dem Anfechtungsrecht erfolgreich Gebrauch gemacht hat oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist. Bis zu diesem Zeitpunkte gilt das Kind, sofern es während der Ehe oder binnen 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geboren ist, als eheliches. Der Auflösung der Ehe steht hier (s. anderseits § 1591 A 1) die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gleich.

§ 1594

Die Anfechtung der Ehelichkeit kann nur binnen Jahresfrist[1]) erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Mann die Geburt des Kindes erfährt[1]).

Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 entsprechende Anwendung[2]).

E I 1473 II 1490 M 4, 667 P 4, 473.

1. Die Nichteinhaltung der **Jahresfrist** hat das völlige Erlöschen des Rechts zur Folge. Die Frist ist also keine Verjährungsfrist, sondern eine Ausschlußfrist. Sie beginnt mit dem (nicht in die Frist einzurechnenden) Tage, an dem der Ehemann überzeugende Kenntnis von der Geburt des Kindes erhalten hat (**RG** 12. 10. 05 IV 181/05; 17. 9. 06 IV 46/06; vgl. auch **RG** 70, 362). Hat er zuverlässige Kenntnis erhalten, die ihm die Überzeugung von der Richtigkeit verschaffen mußte (z. B. amtliche Mitteilung von der Geburt des Kindes), so wird der Einwand, daß er an die Richtigkeit der Mitteilung nicht geglaubt habe, nur unter ganz besonderen Umständen durchgreifen können. Der Beweis der Einhaltung der Frist braucht von dem Ehemann nicht geführt zu werden. Vielmehr liegt dem beklagten Kinde, das die Versäumung der Anfechtungsfrist behauptet, der Beweis hierfür ob.

2. Nach den in Abs 3 für anwendbar erklärten Vorschriften **läuft die Frist nicht,** solange der Ehemann durch Stillstand der Rechtspflege oder sonst durch höhere Gewalt während der letzten 6 Monate der Frist an der Anfechtung verhindert ist, welche Zeit in die Frist nicht eingerechnet wird. Ist der Ehemann infolge Geschäftsunfähigkeit und Fehlens eines gesetzlichen Vertreters an der Anfechtung verhindert, so läuft die Frist erst ab, wenn seit dem Wegfalle des Hindernisses, seit dem Zeitpunkte, wo der nachträglich bestellte gesetzliche Vertreter oder der beschränkt oder unbeschränkt geschäftsfähig gewordene Ehemann Kenntnis von der Geburt hatte, 6 Monate verstrichen sind. Die Unterlassung der Anfechtung durch den gesetzlichen Vertreter schadet jedoch dem Ehemanne nicht (s. hierüber § 1595 A 1).

§ 1595

Die Anfechtung der Ehelichkeit kann nicht durch einen Vertreter erfolgen. Ist der Mann in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters[1]).

Für einen geschäftsunfähigen Mann kann sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Ehelichkeit anfechten. Hat der gesetzliche Vertreter die Ehelichkeit nicht rechtzeitig angefochten, so kann nach dem Wegfalle der Geschäftsunfähigkeit der Mann selbst die Ehelichkeit in gleicher Weise anfechten, wie wenn er ohne gesetzlichen Vertreter gewesen wäre[2]).

E I 1474 Satz 1 und 3 II 1491 Abs 1, 2 M 4, 668 P 4, 473.

1. **Keine Anfechtung durch Vertreter.** Die Anfechtung der Ehelichkeit ist ebenso wie die Anfechtung der Ehe eine höchst persönliche Handlung. Der Ehemann kann deshalb die Entschließung, ob die Ehelichkeit angefochten oder anerkannt werden soll (§ 1598 Abs 3), nicht einem andern überlassen. Die Erklärung kann durch einen Vertreter im Willen nicht abgegeben werden. Der den Anfechtungsstreit führende Anwalt hat sich deshalb durch eine besondere ihm für diesen Rechtsstreit erteilte Vollmacht auszuweisen (§§ 641 Abs 1, 613). Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehemann bedarf, da es allein auf seinen Willen ankommt, nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Oder, mit andern Worten ausgedrückt, der Ehemann gilt für diese Angelegenheit — wie auch für andere persönliche Angelegenheiten des Familienrechts, §§ 1336, 1676 Abs 2 usw. — als unbeschränkt geschäftsfähig und demgemäß nach § 641 Abs 2 ZPO auch als prozeßfähig.

2. Für den **geschäftsunfähigen Ehemann** kann der gesetzliche Vertreter, und zwar derjenige Vertreter, dem die Sorge für die Person zusteht, das Anfechtungsrecht ausüben. Er braucht es aber nicht. Die Anfechtung ist wirkungslos, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht spätestens vor Ablauf der Frist durch Mitteilung an den gesetzlichen Vertreter (§ 1828) erteilt ist. Dem Ehemann geht das Anfechtungsrecht dadurch, daß es der gesetzliche Vertreter nicht ausgeübt hat, nicht verloren. Für ihn beginnt von dem Zeitpunkte, wo er beschränkt oder unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist und von der Geburt des Kindes Kenntnis erlangt hat, eine selbständige Anfechtungsfrist. Wird der Ehemann nach Anstellung der Anfechtungsklage geschäftsunfähig, so braucht für die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Fortführung der Klage die in § 1594 für die Klageerhebung vorgeschriebene Frist nicht eingehalten zu werden (**RG** 29. 10. 03 IV 261/03).

§ 1596

Die Anfechtung der Ehelichkeit erfolgt bei Lebzeiten des Kindes durch Erhebung der Anfechtungsklage[1]). Die Klage ist gegen das Kind zu richten.

Wird die Klage zurückgenommen, so ist die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen. Das Gleiche gilt, wenn der Mann vor der Erledigung des Rechtsstreits das Kind als das seinige anerkennt.

Vor der Erledigung des Rechtsstreits kann die Unehelichkeit nicht anderweit geltend gemacht werden[2]).

E I 1471 Abs 2, 1475 Abs 1, 1476 Satz 2 und 3 II 1492 M 4, 662, 669 P 4, 470, 474.

1. Die **Erhebung der Anfechtungsklage** ist vorgeschrieben, damit die Frage der Unehelichkeit nicht in der Schwebe bleibt, sondern durch die im Prozeß ergehende Entscheidung bald ein sicherer Rechtszustand hergestellt wird. Für den Rechtsstreit muß das Kind, das durch den anfechtenden Vater nicht vertreten werden kann (§ 181 in Verb. mit §§ 1795, 1630), nötigenfalls einen besonderen Vertreter haben, der ohne Zeitverlust von dem Prozeßgericht (§ 57 ZPO) bestellt werden kann. Über das Verfahren s. Vorbem 4 vor § 1591. Durch Zurücknahme der Klage, sowie durch Anerkennung des Kindes wird zugleich der in der Klageerhebung liegende rechtsgeschäftliche Akt der Anfechtung beseitigt (vgl. § 212), was zur Vermeidung von Zweifeln in Abs 2 ausdrücklich hervorgehoben ist. Der Ehemann ist aber durch die Klagezurücknahme nicht gehindert, die Anfechtungsklage vor Ablauf der Frist von neuem zu erheben (anders früher Art 11 Entw I des EG).

2. Dem alleinigen Anfechtungsrecht des Ehemannes entspricht es, daß das auf die Anfechtungsklage ergehende, bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig werdende Urteil Recht für und gegen alle macht (§ 643 ZPO) und daß, solange dieser Rechtsstreit dauert, die **Unehelichkeit nicht in einem andern Prozesse** — der nötigenfalls von Amts wegen auszusetzen ist (a. A. anscheinend Staudinger A 4a) — **geltend gemacht werden darf.** Auf Grund der Anfechtung des Ehemannes darf zwar ein jeder, der wegen Inanspruchnahme eines Rechts oder Abwehr einer Verpflichtung hieran ein Interesse hat, auf die Unehelichkeit sich berufen, er kann aber hiermit nur Erfolg haben, wenn in dem von dem Ehemann geführten Anfechtungsstreit die Unehelichkeit festgestellt wird. Stirbt der Ehemann oder das Kind vor Rechtskraft des Urteils, so bleibt zwar die Wirkung der von dem

Ehemann durch Klageerhebung rechtzeitig erklärten Anfechtung bestehen. Die Erben können aber, da es sich um eine höchst persönliche Angelegenheit handelt, nicht in den Rechtsstreit eintreten. Der Tod einer der Parteien hat also die Folge, daß nunmehr jeder Beteiligte die Freiheit erhält, in besonderen Prozessen die Unehelichkeit des Kindes darzutun. Ist rechtskräftig die Unehelichkeit festgestellt, so ist damit entschieden, daß das Kind von vornherein ein uneheliches gewesen ist, wenn auch im allgemeinen dem Kinde bis zur Zeit der Rechtskraft des Urteils die Rechte und Pflichten eines ehelichen Kindes — unbeschadet einer etwa gebotenen vormundschaftlichen Fürsorge — zu belassen sind.

§ 1597

Nach dem Tode des Kindes erfolgt die Anfechtung der Ehelichkeit durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben[1]).

Das Nachlaßgericht soll die Erklärung sowohl demjenigen mitteilen, welcher im Falle der Ehelichkeit, als auch demjenigen, welcher im Falle der Unehelichkeit Erbe des Kindes ist. Es hat die Einsicht der Erklärung jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

E I 1475 Abs 2 II 1493 M 4, 671 P 4, 474; 5, 163.

1. Ist das Kind verstorben, so erfolgt, da mit seinem Tode das hauptsächlichste Interesse an einer baldigen und einheitlichen Entscheidung über die Ehelichkeit fortgefallen ist, die Anfechtung, sofern sie nicht bereits durch Erhebung der Anfechtungsklage erklärt war (vgl. § 1596 A 2), durch **Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht.** Dieses hat in Vertretung der Beteiligten die Anfechtungserklärung entgegenzunehmen und denjenigen Beteiligten, deren Erbrecht in dem Nachlaß des Kindes von der Ehelichkeit oder Unehelichkeit abhängt, Nachricht zu geben. Einem jeden Beteiligten, der sich als solcher ausweist, steht es ferner frei, von der Anfechtungserklärung Einsicht zu nehmen (vgl. § 79 A 1). Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Anfechtungserklärung ist zur Sicherstellung der Echtheit die Abgabe der Erklärung in öffentlich beglaubigter Form (§ 129) vorgeschrieben. Durch die Anfechtungserklärung wird den Beteiligten die Möglichkeit gewährt, nunmehr in besonderen Prozessen gegen diejenigen, die ihre durch die Unehelichkeit des Kindes bedingten Ansprüche bestreiten, die Unehelichkeit mit einer auf die Prozeßparteien beschränkten Wirkung feststellen zu lassen. Das gleiche Recht steht natürlich auch dem Ehemanne zu, der in dieser Beziehung grundsätzlich keine andere Stellung einnimmt, wie die übrigen Beteiligten.

§ 1598

Die Anfechtung der Ehelichkeit ist ausgeschlossen, wenn der Mann das Kind nach der Geburt als das seinige anerkennt[1]).

Die Anerkennung kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen.

Für die Anerkennung gelten die Vorschriften des § 1595 Abs. 1. Die Anerkennung kann auch in einer Verfügung von Todes wegen erfolgen.

E I 1472 Satz 1 und 3, 1474 Satz 1 und 3 II 1489, 1491 Abs 3 M 4, 665, 668 P 4, 470.

1. Die **Anerkennung des Kindes** verschafft ihm die Rechtsstellung eines ehelichen, wenn es sich um ein während der Ehe oder binnen 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geborenes Kind handelt. Wegen dieser rechtsbegründenden Wirkung der Anerkennung gilt für sie dasselbe wie für die Ehelichkeitserklärung und die Annahme an Kindes Statt (§§ 1724, 1742), daß sie nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erklärt werden kann. Ein solcher Zusatz würde die Anerkennung nichtig machen. Es kann nicht abweichend von dem natürlichen Kindesverhältnis ein nur für eine bestimmte Zeit oder für eine bestimmte Möglichkeit bestehendes Kindesverhältnis geschaffen werden. Eine bestimmte Form ist für die Anerkennung nicht vorgeschrieben. Sie ist auch kein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Erforderlich ist nur, daß die Kundgebung den Willen der Anerkennung klar erkennen läßt. In der Anmeldung der Geburt beim Standesbeamten ist nicht ohne weiteres eine Anerkennung zu finden (**RG** 24. 3. 04 IV 355/03). Auch darin, daß der Ehemann das Kind auf seinen Namen anmeldet, ist im Hinblick auf § 1706 Abs 2 nicht notwendig eine Anerkennung enthalten. Der Ehemann kann die Anerkennung noch nach dem Tode des Kindes und nach Erhebung der Anfechtungsklage, solange das die Unehelichkeit feststellende Urteil noch nicht rechtskräftig geworden ist,

erklären und es wird ihm, um der Anerkennung Geltung zu verschaffen, zu gestatten sein, das nach seinem Antrage ergangene Urteil durch Berufung anzufechten. Ist das Urteil bereits rechtskräftig geworden, so ist er, wenn er dem Kinde die Rechte eines ehelichen verschaffen will, auf die Annahme an Kindes Statt angewiesen.

§ 1599

Ist die Anerkennung der Ehelichkeit anfechtbar[1]), so finden die Vorschriften der §§ 1595 bis 1597 und, wenn die Anfechtbarkeit ihren Grund in arglistiger Täuschung oder in Drohung hat, neben den Vorschriften des § 203 Abs. 2 und des § 206 auch die Vorschrift des § 203 Abs. 1 entsprechende Anwendung[2]).

E I 1478 II 1494 M 4, 674 P 4, 477.

1. Die **Anerkennung** kann wie ein jedes andere Rechtsgeschäft wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung **angefochten** werden, wegen Irrtums jedoch nur in beschränktem Maße. Da die Anerkennung unter einer Bedingung unstatthaft ist (§ 1598 Abs 2), so ist es auch unzulässig, sie stillschweigend von dem Vorhandensein oder dem Nichtvorhandensein bestimmter Umstände abhängig zu machen. Der Ehemann kann deshalb, wenn er einmal für Anerkennung des Kindes sich endgültig entschieden hat, seine Anerkennungserklärung nicht bloß eine vorläufige ist, nicht einwenden, daß er irrtümlich das Kind als von ihm erzeugt angesehen, daß er irrtümlich angenommen habe, während der Empfängniszeit seiner Ehefrau beigewohnt zu haben, daß er die Empfängniszeit unrichtig berechnet habe und dergleichen (was regelmäßig damit begründet wird, daß es sich um einen Irrtum im Beweggrund handle). Jede Anfechtung wegen Irrtums ist ausgeschlossen, wenn die Anfechtungsfrist verstrichen ist. Der Ehemann kann sich nicht darauf berufen, daß er, weil er in einem Irrtum über die Vaterschaft befangen gewesen, absichtlich die Anfechtungsfrist unbenutzt habe verstreichen lassen (anders betreffs der Erbausschlagungsfrist RG 58, 81). Nur der Einwand bleibt ihm und den andern Beteiligten, daß die Ehe nichtig und das Kind aus diesem Grunde ein uneheliches sei oder das Kind nicht von der Ehefrau geboren sei, da die Anerkennung nur auf die Erzeugung durch den Ehemann sich bezieht. Abgesehen von den Fällen der Anfechtung ist die Anerkennung nicht widerruflich.

2. Hinsichtlich der **Form** der Anfechtung und der Frage, inwieweit die **Anfechtung durch einen Vertreter** statthaft ist, gelten die für die Anfechtung der Ehelichkeit in §§ 1595 bis 1597 getroffenen Bestimmungen. Die Anfechtung erfolgt hiernach durch Erhebung der Anfechtungsklage und nach dem Tode des Kindes durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. Für die Anfechtung ist die in §§ 121, 124 bestimmte **Frist** einzuhalten, wodurch jedoch eine Verlängerung der Frist des § 1594 nicht herbeigeführt werden darf (anders anscheinend Staudinger A 5 c). Abweichend von § 124 findet mit Rücksicht auf die zu erhebende Anfechtungsklage auch die Vorschrift des § 203 Abs 1 Anwendung, wonach der Lauf der Frist bei Stillstand der Rechtspflege in den letzten 6 Monaten der Frist gehemmt ist.

§ 1600

Wird von einer Frau, die sich nach der Auflösung ihrer Ehe wiederverheiratet hat, ein Kind geboren, das nach den §§ 1591 bis 1599 ein eheliches Kind sowohl des ersten als des zweiten Mannes sein würde, so gilt das Kind, wenn es innerhalb zweihundertundsiebzig Tagen nach der Auflösung der früheren Ehe geboren wird, als Kind des ersten Mannes, wenn es später geboren wird, als Kind des zweiten Mannes[1]).

E I 1479 II 1495 M 4, 675 P 4, 478.

1. Hat sich die Frau entgegen dem Verbot des § 1313 oder unter Befreiung von dem Verbot vor Ablauf von 10 Monaten seit der Auflösung der Ehe oder seit dem im Aufgebotsurteil festgestellten Todestage des früheren Ehemannes (vgl. § 1591 A 1) wieder verheiratet, so kann der Fall eintreten, daß die Empfängniszeit des binnen 302 Tagen seit diesem Zeitpunkt geborenen Kindes sowohl in die frühere Ehe als in die neue Ehe fällt. Zur Beseitigung der hieraus sich ergebenden Unzuträglichkeit der **Vaterschaft zweier ehelicher Väter** stellt § 1600 es als entscheidend hin, ob das Kind innerhalb des Zeitraums von 270 Tagen oder später geboren ist. Diese Regel greift aber nur Platz, wenn wirklich ein solcher Widerstreit vorliegt, was nicht der Fall ist, wenn auf Anfechtung des einen Ehemannes das Kind nach den Vorschriften der §§ 1591 ff. als nicht von diesem abstammend erklärt ist. Dem Ehemann

ist der Nachweis, daß das Kind den Umständen nach offenbar von ihm nicht erzeugt sein kann, nicht beschränkt, auch nicht den Beteiligten, soweit sie überhaupt anfechtungsberechtigt sind (a. A. Planck A 4; Blume A 4). Sind über die Frage der Vaterschaft widersprechende Entscheidungen ergangen, so muß es bei der Regel des § 1600 verbleiben. Keine Anwendung findet § 1600, wenn die Frau eine Doppelehe eingegangen ist. Dieser Fall liegt auch vor, wenn die Frau, obschon die Ehe nicht geschieden, sondern nur die eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist, sich wieder verheiratet hat.

Dritter Titel

Unterhaltspflicht

1. Der **Unterhaltsanspruch** setzt die Unterhaltsbedürftigkeit auf seiten des Berechtigten und die Leistungsfähigkeit auf seiten des Verpflichteten voraus. Eine gesteigerte Unterhaltspflicht liegt hinsichtlich beider Voraussetzungen den Eltern gegenüber den minderjährigen unverheirateten Kindern ob (§§ 1602 Abs 2, 1603 Abs 2). Ähnlich geregelt ist die Unterhaltspflicht des Ehemanns gegenüber der Ehefrau (§§ 1360, 1361). Zur Begründung des Unterhaltsanspruchs hat der den Unterhalt Fordernde außer dem Bestehen des Verwandtschaftsverhältnisses nur seine Bedürftigkeit nachzuweisen, während es Sache des Verpflichteten ist, um des Anspruchs sich zu erwehren, seine Leistungsunfähigkeit darzutun oder nachzuweisen, daß ein weiterer Verpflichteter vorhanden ist, der vor ihm oder neben ihm haftet, so daß hierdurch seine Verpflichtung ausgeschlossen oder beschränkt ist. Der Nachweis, daß der weitere Verpflichtete leistungsfähig ist, ist wiederum von dem Kläger zu führen (s. das nähere hierüber in §§ 1602 A 4, 1603 A 3, 1607 A 4). Zur Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs ist nur der Berechtigte oder sein gesetzlicher Vertreter, nicht ohne weiteres — abgesehen von § 627 ZPO — die Mutter für ihre Kinder befugt. Die den Unterhaltsanspruch benachteiligenden Rechtshandlungen können, sofern der Unterhaltsanspruch damals bereits entstanden war, nach Maßgabe des Anfechtungsgesetzes, andernfalls nach § 826 BGB angefochten werden. Nicht ausgenommen von der Anfechtung ist ein zwischen den Eheleuten geschlossener, die Gütertrennung einführender Ehevertrag, soweit dem nicht unterhaltspflichtigen Ehegatten bei der Auseinandersetzung mehr an Vermögen zugewiesen ist, als auf seinen Anteil entfällt (vgl. R 04, 513 ff., **RG** 57, 81, JW 06, 700 ff.). Verschieden von dem Unterhaltsanspruch aus §§ 1601 ff. ist der aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus andern Gründen zustehende Anspruch auf Ersatz des gewährten Unterhalts. Die Bestimmungen über Unverzichtbarkeit, Unpfändbarkeit finden auf diesen Anspruch keine Anwendung. Hat die getrennt lebende Ehefrau dem Manne gegenüber den Unterhalt der Kinder für eine bestimmte Summe übernommen, so kann sie nicht auf Grund des § 1614 Erhöhung der Summe fordern (**RG** JW 03 Beil 128[286]). Der durch § 844 wegen Verkümmerung des gesetzlichen Unterhalts gewährte Schadensersatzanspruch auf Entrichtung einer Rente steht in bezug auf Unpfändbarkeit (§ 850 Abs 1 Nr 2 ZPO), nicht aber in sonstigen Beziehungen dem gesetzlichen Unterhaltsanspruch gleich. Die für den gesetzlichen Unterhaltsanspruch geltenden besonderen Bestimmungen können natürlich auch keine Anwendung finden auf den auf Vertrag beruhenden Unterhaltsanspruch, sofern nicht in dem Vertrage nur die gesetzliche Unterhaltspflicht näher bestimmt ist. In letzterem Falle ist die für den Leibrentenvertrag gegebene Formvorschrift des § 671 nicht anwendbar, und ist im Zweifel anzunehmen, daß das Unterhaltsversprechen nur so lange gelten soll, bis der Berechtigte wieder imstande ist, sich selbst und seine Familie zu erhalten (**RG** 26. 6. 05 IV 84/05).

2. **Anwendungsgebiet.** Die Grundsätze der §§ 1601 ff. haben zum Teil eine über diesen Titel hinausgehende Bedeutung. Auf die Unterhaltspflicht der Ehegatten finden, abgesehen von den Bestimmungen in §§ 1608, 1609, 1611 Abs 2, die sich ausdrücklich hierüber verhalten, nach § 1360 Abs 3 auch die Bestimmungen der §§ 1605, 1613 bis 1615 entsprechende Anwendung. Nicht anwendbar ist § 1611 Abs 1. Wegen der Unterhaltspflicht der Ehegatten siehe im übrigen § 1602 A 2 und 3 und § 1603 A 3. Die aus der Annahme an Kindes Statt für den Annehmenden und das angenommene Kind sich ergebende Unterhaltspflicht (§§ 1757, 1766) wird der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Verwandten gleichbehandelt und unterliegt daher den Bestimmungen des gegenwärtigen Titels, ebenso die Unterhaltspflicht zwischen dem unehelichen Kinde und der Mutter nebst ihren Verwandten (§ 1705). Eine eigenartige Regelung hat dagegen der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen den Vater in §§ 1708 ff. erfahren. Dieser Unterhaltsanspruch setzt, abgesehen von dem besonderen Falle des § 1708 Abs 2, weder Bedürftigkeit noch Leistungsfähigkeit voraus. Bemerkenswert ist, daß hinsichtlich der nach § 850 Abs 2 bis 4 ZPO der Pfändung wegen gesetzlicher Unterhaltsforderungen unterworfenen Bezüge der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes hinter den der Familienmitglieder zurücktritt. Über die Unterhaltspflicht des Erben s. § 1969.

3. Räumlicher Geltungsbereich. Nach Art 19 EG wird das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem ehelichen Kinde, wenn der Vater oder die überlebende Mutter die deutsche Reichsangehörigkeit besitzt oder unter Bestehenbleiben der Reichsangehörigkeit des Kindes besessen hat, nach den deutschen Gesetzen beurteilt. Diese Bestimmung gilt auch für die zwischen den Eltern und dem ehelichen Kinde bestehende Unterhaltspflicht und zwar nicht nur für die Unterhaltspflicht der Eltern, sondern auch für die des Kindes (a. A. Niedner A 4 c zu Art 19). Darüber, nach welchen Gesetzen die Unterhaltspflicht zwischen den sonstigen Verwandten auf- und absteigender Linie zu beurteilen ist, fehlt es an einer gesetzlichen Regel. Es wird davon auszugehen sein, daß der den Unterhalt Fordernde die Anwendung der für den Verpflichteten nach dessen Staatsangehörigkeit geltenden Gesetze sich gefallen lassen muß. Die Anwendbarkeit des Heimatsrechts des Verpflichteten kann aber nicht dahin führen, daß der Unterhaltsberechtigte eine Berechtigung gewinnt, die ihm nach seinem eigenen Heimatsrecht überhaupt nicht zukommt. Ein Unterhaltsanspruch kann deshalb von einem Ausländer gegen einen Inländer nur geltend gemacht werden, wenn der Anspruch in beiden Rechten anerkannt ist (vgl. Entw des EG I § 12, II § 2258, III § 2377). Für die nähere Ausgestaltung des Unterhaltsanspruchs wird dagegen das Heimatsrecht des Verpflichteten als entscheidend anzusehen sein. Hat der Verpflichtete einen mehrfachen Wohnsitz, so kann der Berechtigte ihn nach dem Recht desjenigen Wohnorts in Anspruch negmen, das für seinen Anspruch das günstigste ist (RG 13. 3. 02 IV B 16/02). Verweist das an sich maßgebende ausländische Recht bezüglich der Unterhaltspflicht auf das inländische Recht, so wird dieses anwendbar. Über die Unterhaltspflicht der Ehegatten und des natürlichen Vaters siehe die besonderen Bestimmungen in Artt 14 und 20 EG.

4. Übergangsvorschriften. Aus der Natur der Unterhaltspflicht, die nicht als eine einheitliche, sondern als eine bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen fort und fort sich erneuernde Verbindlichkeit aufzufassen ist, ergibt sich, daß für Unterhaltsansprüche, die in der Zeit nach dem 1. 1. 00 fallen, nur das neue Recht maßgebend sein kann (RG JW 01, 869; 02, 72). Die nach preußischem Recht (Allg. LR II 3 §§ 15 ff.) bestandene Unterhaltspflicht der Geschwister hat daher unter der Herrschaft des BGB aufgehört (RG JW 00, 431) und zwar auch dann, wenn sie (als eine nach früherem Recht begründete) durch Urteil zuerkannt war. War diese Unterhaltspflicht durch Vertrag übernommen, so ist entscheidend ob hierbei der Gedanke an die gesetzliche Unterhaltspflicht nur als Beweggrund mitgewirkt hat, oder ob sie — was nicht ohne weiteres angenommen werden darf — Bedingung der Willenserklärung gewesen ist (RG 7. 5. 02 IV 48/02). Ein über die Unterhaltspflicht vor dem 1. 1. 00 zwischen Eheleuten geschlossener Vertrag wird nach Art 199 EG unwirksam, wenn er den Bestimmungen des BGB widerstreitet (RG 28. 9. 05 IV 148/05). Die Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten hat die Eigenschaft einer schuldrechtlichen Verpflichtung, die mit dem Tage des den Ehegatten für schuldig erklärenden, später rechtskräftig gewordenen Urteils entstanden ist (RG 13. 1. 02 IV 299/01). Fällt dieser Tag vor dem 1. Januar 1900, so bleibt das frühere Recht anwendbar.

5. Öffentliches Recht. Die familienrechtliche Unterhaltspflicht und die öffentlichrechtliche Unterstützungspflicht (UWG v. 30. 5. 08, das jedoch nicht für Bayern gilt) sind voneinander unabhängig. Der auf Gewährung von Unterhalt in Anspruch genommene Verwandte kann seine Verpflichtung nicht deshalb ablehnen, weil der den Unterhalt Fordernde bereits Armenunterstützung erhält. Ebensowenig kann der Armenverband die Unterstützung aus dem Grunde verweigern, weil der Arme einen Unterhaltsanspruch gegen seine Verwandten hat. Der Armenverband ist jedoch befugt, diesen Unterhaltsanspruch, um hierdurch Ersatz der von ihm aufgewandten Kosten zu erlangen, geltend zu machen (§ 62 UWG). Gegen den Unterstützten selbst kann ein Ersatzanspruch von dem Armenverbande erhoben werden, wenn er in der irrigen Annahme einer ihm obliegenden Verpflichtung (§§ 812, 814) die Unterstützung gewährt hat, während der Unterstützte nicht hilfsbedürftig war, sondern zur Zeit der Unterstützung ausreichende Mittel zur Bestreitung des Unterhalts besaß (RG 72, 336).

6. Prozeßrecht. Die Klage auf Gewährung von Unterhalt kann wie eine jede Klage auf wiederkehrende Leistungen nicht bloß wegen des fällig gewordenen Unterhalts, sondern auch lediglich wegen der später fällig werdenden Leistungen erhoben werden (§ 258 ZPO). Das die Unterhaltsbeiträge zusprechende Urteil ist, soweit diese nicht auf eine frühere Zeit als das letzte Vierteljahr vor der Klageerhebung entfallen, von Amts wegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 708 Nr 6). Tritt nach der Verurteilung eine wesentliche Veränderung der für die Zuerkennung der Unterhaltsbeiträge, der Höhe und der Dauer maßgebend gewesenen Verhältnisse ein, so kann die Abänderung des Urteils für die Zeit nach Erhebung der Klage nach § 323 — nicht im Wege der Vollstreckungsgegenklage (RG 52, 344) — beantragt werden. Über die Regelung der Unterhaltspflicht kann nach § 940 (im Eheprozeß auf Grund des § 627) eine einstweilige Verfügung ergehen, welche dem Unterhaltspflichtigen die Entrichtung des Unterhaltsbedarfs auferlegt. Der Richter ist nicht etwa durch § 940 gezwungen, den Unterhalt nur nach dem Notbedarf zu bemessen (RG 16. 3. 05

IV 27/05). Im Zwangsvollstreckungsverfahren ist der gesetzliche Unterhaltsanspruch insofern begünstigt, als gewisse Pfändungsbeschränkungen wegfallen (§ 850 Abs 4 ZPO; § 4 und 4a LohnBG in der Fassung des G. v. 29. 3. 97; § 56 Abs 2 KrankVG; § 55 JnvVG; § 96 GewUVG usw.). Die Pfändung des Unterhaltsanspruchs ist nach § 850 Abs 1 Nr 2 (vgl auch Nr 3 und 4) ZPO unzulässig. Damit ist nach §§ 400 und 394 auch die Abtretung und Aufrechnung ausgeschlossen. Aufgerechnet werden kann auch nicht mit einer Forderung auf Rückzahlung des früher zuviel gewährten Unterhalts. Das Verbot der Aufrechnung darf nicht dadurch umgangen werden, daß der Unterhaltspflichtige den zum Unterhalt zu leistenden Geldbetrag auszahlen, aber sogleich nach der Auszahlung wegen einer Gegenforderung wieder pfänden läßt. Im Konkursverfahren kann ein familienrechtlicher Unterhaltsanspruch für die Zukunft nicht geltend gemacht werden (§ 3 Abs 2 KO).

§ 1601

Verwandte in gerader Linie sind verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren[1])[2]).

E I 1480 II 1496 M 4, 678 P 4, 478.

1. Nach BGB besteht allgemein eine **gegenseitige Unterhaltspflicht zwischen den Verwandten in gerader Linie** (aufsteigender oder absteigender Linie) ohne Unterschied des Grades, was insofern von der Regelung des Pflichtteilsrechts abweicht, als nur die Eltern, nicht die weiteren Verwandten aufsteigender Linie als pflichtteilsberechtigt erklärt sind (§ 2303). Die gegenseitige Unterhaltspflicht der Geschwister ist in das BGB nicht übernommen. Es ist jedoch das Bestehen einer sittlichen Pflicht für die Geschwister, sich in Notfällen zu unterstützen, anzuerkennen, und können deshalb die in Erfüllung dieser Pflicht gewährten Unterstützungen nicht wegen Irrtums, weil der Leistende sich für rechtlich verpflichtet hielt, zurückgefordert werden (§ 814, vgl. § 1624 Abs 1). Unter Verwandten gerader Linie im Sinne des § 1601 sind im allgemeinen nur diejenigen zu verstehen, welche durch eheliche Abstammung miteinander verwandt sind. Uneheliche Kinder haben indes im Verhältnis zu der Mutter und deren Verwandten die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes (§ 1705), können also gegen die Mutter und deren Verwandte dieselben Unterhaltsansprüche erheben wie ein eheliches Kind. Kinder aus einer vermeintlichen Ehe (Putativehe) gelten als ehelich und sind demgemäß auch hinsichtlich des Unterhaltsanspruchs den ehelichen Kindern vollständig gleichgestellt (§ 1700). Auch in dem Falle, daß beide Ehegatten bei der Eheschließung die Nichtigkeit der der äußeren Form nach bestehenden Ehe gekannt haben, in welchem Falle das Kind nicht als ehelich gilt, unterscheidet sich seine Rechtsstellung von der des unehelichen Kindes darin, daß es von dem Vater (nicht bloß der Mutter) Unterhalt wie ein eheliches Kind verlangen kann (§ 1703). Das an Kindes Statt angenommene Kind hat einen Unterhaltsanspruch nach §§ 1757, 1764 bis 1766 sowohl gegen den Annehmenden, der in erster Linie haftet, als gegen seine leiblichen Verwandten. Desgleichen ist dem Annehmenden ein Unterhaltsanspruch gegen das Kind gegeben.

2. Als Unterhaltsverpflichtete können, da der Unterhaltsanspruch nach § 1601 an sich gegen sämtliche Abkömmlinge und Vorfahren geht, **mehrere Personen** in Betracht kommen. Es bedarf deshalb der Regelung, in welcher Reihenfolge und in welchem Maße diese Verpflichteten neben- oder nacheinander haften. Diese Regelung ist in den §§ 1606 bis 1608 erfolgt. Ebenso kann es vorkommen, daß dieselbe Person dem Unterhaltsanspruch mehrerer Berechtigter ausgesetzt ist, worüber in § 1609 nähere Bestimmungen getroffen sind.

§ 1602

Unterhaltsberechtigt ist nur, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten[1]).

Ein minderjähriges unverheiratetes Kind kann von seinen Eltern, auch wenn es Vermögen hat, die Gewährung des Unterhalts insoweit verlangen, als die Einkünfte seines Vermögens und der Ertrag seiner Arbeit zum Unterhalte nicht ausreichen[2])[3])[4]).

E I 1481 Abs 1, 3 II 1497 M 4, 680 P 4, 478.

1. Voraussetzung des Unterhaltsanspruchs ist die **Bedürftigkeit des Berechtigten**, d. h. daß er außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Diese Voraussetzung liegt vor, wenn er seinen Unterhalt weder aus seinem Vermögen noch aus dem Ertrage seiner Arbeit oder geschäftlichen Tätigkeit bestreiten kann. Für die Beurteilung, ob das Vermögen zur Bestreitung des Unterhalts ausreicht, kommt es nicht sowohl darauf an, ob

das Vermögen in der Weise, wie der Unterhaltsbedürftige es verwertet, tatsächlich Einnahmen gewährt, sondern darauf, ob das Vermögen zur Bestreitung des Unterhalts nutzbar gemacht werden kann. Von dem Unterhaltsbedürftigen ist zu verlangen, daß er diejenigen Einnahmen aus seinem Vermögen zieht, die bei verständiger Verwaltung gezogen werden können und daß er nötigenfalls durch Verkauf oder andere Verwertung des Vermögens die zur Bestreitung des Unterhalts notwendigen Mittel gewinnt. Eine gänzlich unwirtschaftliche Verwertung ist ihm natürlich nicht zuzumuten. Hat der Bedürftige Forderungen gegen Dritte, so ist es seine Pflicht, sie geltend zu machen und zur Einziehung zu bringen. Von Bedeutung ist dies besonders, wenn er wegen eines erlittenen Unfalls Schadensersatz beanspruchen kann. Soweit er durch diesen Anspruch wegen seines Unterhalts gesichert ist, kann er nicht seine Verwandten auf Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht in Anspruch nehmen (RG Warn 08 Nr 221). Zu verlangen ist ferner, daß er seine Arbeitskraft, seine körperlichen und geistigen Kräfte, zur Gewinnung des Unterhalts verwertet. Die Übernahme einer Erwerbstätigkeit, die seinen Verhältnissen nicht angemessen ist, kann ihm aber nicht zugemutet werden (RG JW 01, 480). Auf die Lebensstellung und den Bildungsgrad des Bedürftigen ist billige Rücksicht zu nehmen. Auch die bisherige Tätigkeit kommt insofern in Betracht, als der Bedürftige sich regelmäßig nicht weigern kann, seinen Unterhalt in der bisher gewohnten Weise zu verdienen. Befindet er sich in der Vorbildung zu einem bestimmten Berufe, so kann ihm eine hiermit nicht verträgliche Erwerbstätigkeit nicht angesonnen werden. Eine Tochter braucht sich von ihrem wohlhabenden Vater nicht darauf verweisen zu lassen, sich durch ihrer Hände Arbeit einen Erwerb zu verschaffen, wenn ihr dies nach den Verhältnissen, in denen sie bisher mit dem Willen des Vaters gelebt hat, nicht zuzumuten ist (RG 12. 7. 09 IV 114/09). Dadurch, daß von dritter Seite freiwillig ohne Bestehen einer Rechtspflicht Unterhalt geleistet wird, wird der Unterhaltsanspruch, falls nicht ausnahmsweise der Bedürftige sich hinsichtlich des Fortbezugs der Unterstützung in einer tatsächlich gesicherten Stellung befindet, nicht beseitigt. Auf eine jederzeit entziehbare Mildtätigkeit anderer kann der Unterhaltsbedürftige nicht verwiesen werden (RG 72, 199; 26. 3. 00 IV 11/00). — Die Bestimmung des § 1610 über das Maß des zu gewährenden Unterhalts ist auch für die Frage der Unterhaltsbedürftigkeit von Wichtigkeit. Ist anzunehmen, daß der den Unterhalt Fordernde soviel besitzt (oder erwerben könnte), als zu seinem standesgemäßen Unterhalt erforderlich ist, so liegt Unterhaltsbedürftigkeit überhaupt nicht vor. Andernfalls ist das hieran Fehlende von dem Unterhaltsverpflichteten aufzubringen.

2. Die **gesteigerte Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den minderjährigen unverheirateten Kindern** findet darin ihre Rechtfertigung, daß die Eltern verpflichtet sind, das Stammvermögen dieser Kinder als die spätere Grundlage ihres wirtschaftlichen Lebens möglichst unversehrt zu erhalten. Die Eltern sind deshalb zur Unterhaltsgewährung schon dann verbunden, wenn die laufenden Einkünfte (die Vermögenseinkünfte und das Arbeitseinkommen) des Kindes zur Deckung des Unterhalts nicht ausreichen. Da die Unterhaltspflicht lediglich auf dem Verwandtschaftsverhältnis beruht, so macht es keinen Unterschied, ob die Eltern im Besitz der elterlichen Gewalt und ob sie im Besitz des Nutznießungsrechts sich befinden. Letzterer Umstand ist nur insofern von Bedeutung, als die Mutter, wenn ihr das Nutznießungsrecht zusteht, ausnahmsweise vor dem Vater haftet (§ 1606 Abs 2 Satz 2). Ist der verpflichtete Elternteil im Besitz der elterlichen Gewalt, so hat er kraft dieser das Bestimmungsrecht darüber, wie zur Gewinnung einer größeren Einnahme das Kindesvermögen zweckmäßig zu verwalten und die Beschäftigung des Kindes einzurichten ist. Steht ihm die elterliche Gewalt nicht zu, so kann er einen Einwand daraus, daß eine bessere Einnahme erzielt werden könnte, nicht ableiten. Er ist vielmehr darauf beschränkt, Anträge bei dem Vormund oder Vormundschaftsgericht zu stellen und nötigenfalls den Vormund, falls dieser in unverantwortlicher Weise die Gewinnung von Einnahmen unterläßt, ersatzpflichtig zu machen. Besitzt das Kind freies Vermögen, so kann der Unterhaltspflichtige verlangen, daß die Einkünfte hiervon in erster Linie zur Bestreitung des Unterhalts verwendet werden. Die erhöhte Unterhaltspflicht besteht nur gegenüber den unverheirateten minderjährigen Kindern, mit denen die Eltern in engerer Familiengemeinschaft verbunden sind. Durch die Verheiratung der Tochter — welche dem Gewalthaber nur noch das Recht zur Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten läßt (§ 1633 A 1) — scheidet die Tochter, vorausgesetzt, daß nicht die Ehe nichtig ist oder durch Anfechtung nichtig geworden ist, aus der engeren Familiengemeinschaft aus und kehrt in diese auch nach Auflösung der Ehe nicht wieder zurück (RG 22. 2. 09 IV 329/08).

Die gesteigerte Unterhaltspflicht liegt während der Ehe auch dem Manne gegenüber der Frau ob (§ 1360). Die Frau kann verlangen, daß ihr Vermögen ungeschmälert bleibt. Selbst wenn sie Einkünfte aus dem Vorbehaltsgut bezieht, kann der Mann sie zur Bestreitung des Unterhalts — abgesehen von dem Recht, mit dem nach § 1371 von der Frau zu leistenden Beitrage aufzurechnen — nicht auf diese Einkünfte verweisen. Billigkeitsrücksichten können, wenn die Frau von dem Manne getrennt lebt, zu einer Beschränkung dieses

Unterhaltsanspruchs führen (§ 1361 Abs 2). Die geschiedene Frau hat nach § 1578 einen Unterhaltsanspruch nur dann, wenn sie nicht aus den Einkünften ihres Vermögens oder dem Ertrag ihrer Arbeit, sofern sie zum Arbeitserwerb verpflichtet ist, sich erhalten kann. Hinsichtlich der Frage, wann eine solche Verpflichtung für die Frau besteht, stellt § 1578 Abs 1 es darauf ab, ob ein Arbeitserwerb nach den gesellschaftlichen Verhältnissen, in denen die Eheleute gelebt haben, üblich ist (RG 62, 294), was auch für die Unterhaltspflicht aus § 1361 Abs 2 zu berücksichtigen ist (RG 9. 11. 08 IV 65/08). Daß eine aus Bürgerkreisen stammende Ehefrau eine niedrige dienende Stellung nicht zu übernehmen braucht, ist in RG JW 02, 73 anerkannt. Die Übernahme einer Stelle als Erzieherin usw. kam damals wegen mangelnder Vorbildung nicht in Frage. Unter Einkünften im Sinne des § 1578 (und auch des § 1579) ist das Reineinkommen zu verstehen. Ausgaben, die zur Sicherung und Erhaltung des Stammvermögens gemacht worden sind, sind abzugsfähig, nicht aber Ausgaben, die, wie Lebensversicherungsprämien, dem Zweck der Kapitalsbildung dienen (vgl. RG 7. 7. 02 124/02). Der Ehefrau ist eine Pflicht zur Unterhaltung des Mannes nur auferlegt, wenn dieser außerstande ist, sich selbst zu unterhalten (§§ 1360 Abs 2, 1578 Abs 2).

3. **Rückforderung des gewährten Unterhalts.** Stellt sich später heraus, daß bei richtiger Bewertung des Vermögens und der Erwerbsfähigkeit des Berechtigten ein Unterhaltsanspruch nicht begründet war, daß z. B. das von der Mutter unterstützte Kind eine Unfallrente zu beziehen hatte (vgl. RG 19. 12. 04 IV 313/04), so kann der Verpflichtete das an Unterhalt Gewährte, weil er sich über seine Verpflichtung im Irrtum befand, zurückfordern. Es handelt sich hier um einen Bereicherungsanspruch aus § 812. Die Anfechtung wegen Irrtums braucht also nicht unverzüglich zu erfolgen. Ist allerdings der Unterhaltsanspruch dem Berechtigten rechtskräftig zuerkannt, so ist eine Rückforderung wegen Irrtums ausgeschlossen. Liegt die Sache so, daß der Verpflichtete sich nur aus dem Grunde zur Unterhaltsgewährung verstanden hat, weil der Berechtigte vorübergehend in einer Notlage sich befand, indem er über die an sich zureichenden Mittel nicht verfügen konnte, so ist damit ein Rückforderungsanspruch ohne weiteres gegeben. Die Unterstützung hat bei dieser Sachlage von vornherein nur vorschußweise gewährt werden sollen. Abgesehen von diesem Falle gibt die spätere Besserung der Vermögensverhältnisse dem andern kein Recht, das an Unterstützung Geleistete zurückzufordern. Den Grund der Leistung bildete die gesetzliche Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung und dieser Grund ist durch die spätere Änderung in den Vermögensverhältnissen nicht weggefallen.

4. Den **Nachweis** der Bedürftigkeit hat der Kläger, der den Unterhaltsanspruch erhebt, zu führen. Er hat zu diesem Zweck seine Vermögens- und Erwerbsverhältnisse so darzulegen, daß der Richter die Überzeugung von der Bedürftigkeit gewinnt. Ein erschöpfender Nachweis wird kaum möglich sein. Deshalb ist es für den Beklagten wichtig, daß er es an seiner Mitwirkung zur Klarstellung der Sachlage nicht fehlen läßt und darauf hinweist, in welcher Weise nach seiner Ansicht der Kläger sich den Unterhalt beschaffen könnte. Dem Kläger liegt es dann vermöge der ihn treffenden Beweislast ob, die in dieser Beziehung von dem Beklagten aufgestellten Behauptungen zu widerlegen. Darauf, wieviel der Kläger bisher zu seinem Unterhalt gebraucht hat, kommt es nicht entscheidend an. Festzustellen ist vielmehr, was er nach seiner Lebensstellung verbrauchen darf. Der Nachweis des zur Fristung des Lebens bisher Gebrauchten würde höchstens für die Bemessung des notdürftigen Unterhalts von Wichtigkeit sein können. Wird der Unterhalt von dem minderjährigen unverheirateten Kinde gefordert, so liegt diesem nur der Nachweis ob, daß das ihm an Unterhalt Gewährte nicht ausreicht und das Fehlende auch nicht aus den zu seiner Verfügung stehenden Einkünften (welche der Verwaltung des verpflichteten Elternteils nicht unterstehen) genommen werden kann.

§ 1603

Unterhaltspflichtig ist nicht, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren[1])[3]).

Befinden sich Eltern in dieser Lage, so sind sie ihren minderjährigen unverheirateten Kindern gegenüber verpflichtet, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalte gleichmäßig zu verwenden. Diese Verpflichtung tritt nicht ein, wenn ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter vorhanden ist; sie tritt auch nicht ein gegenüber einem Kinde, dessen Unterhalt aus dem Stamme seines Vermögens bestritten werden kann[2])[3]).

E I 1482 II 1498 M 4, 685 P 4, 480; 6, 296.

1. Die weitere Voraussetzung des Unterhaltsanspruchs bildet die **Leistungsfähigkeit des Verpflichteten.** Hierbei ist, ebenso wie bei der Beurteilung der Unterhaltsbedürftigkeit,

nicht bloß auf die Einnahmen zu sehen, die von dem Unterhaltspflichtigen aus seinem Vermögen gezogen werden, sondern auf die Einnahmen, die bei verständiger Verwaltung gezogen werden können. Die Ertraglosigkeit des Vermögens schließt die Unterhaltsverpflichtung nicht aus, wenn durch geeignete Verwertung des Vermögens ein Ertrag geschaffen werden kann. Die ihm zustehenden Forderungen und Rechte hat der Verpflichtete mit den ihm zu Gebote stehenden gesetzlichen Mitteln zur Verwirklichung zu bringen. Als Einnahme kommt auch der Beitrag in Betracht, den der Verpflichtete als Ehemann zur Bestreitung der Ehelasten von seiner in Gütertrennung mit ihm lebenden oder Vorbehaltsgut besitzenden Ehefrau nach §§ 1427 Abs 2, 1371 verlangen kann (RG JW 04, 206[10]). Bei Beurteilung der Leistungsfähigkeit ist auch die Arbeitskraft des Verpflichteten zu berücksichtigen. Er hat sich, um seinen Unterhaltspflichten gerecht zu werden, zu bemühen, denjenigen Verdienst zu finden, den er bei gutem Willen durch gehörige Verwendung seiner körperlichen und geistigen Kräfte erlangen kann. Zweifelhaft kann sein, ob Einnahmen, die wider die guten Sitten verstoßen, bei Bestimmung der Leistungsfähigkeit in Ansatz zu bringen sind. Die Frage dürfte mit der Maßgabe zu bejahen sein, daß durch die Anrechnung nicht ein Druck auf die Fortsetzung des unsittlichen Erwerbes ausgeübt werden darf. Aus den Einnahmen kann der Verpflichtete vorweg das zu seinem standesgemäßen Unterhalt Erforderliche und das zur Erfüllung seiner sonstigen Verpflichtungen angemessen Aufzuwendende in Abzug bringen. Es kann nicht einfach der gesamte Betrag der Schulden von dem Einkommen abgezogen werden, sondern nur derjenige Betrag, der bei Aufstellung eines den Verhältnissen in verständiger Weise Rechnung tragenden Tilgungsplans zur allmählichen Tilgung der Schulden binnen angemessener Frist nötig ist (RG JW 10, 16[21]). Zu den „sonstigen Verpflichtungen" gehört auch der dem unehelichen Kinde zu gewährende Unterhalt (RG 14. 1. 07 IV 277/06). Reichen die Einnahmen nicht aus, so muß der Verpflichtete das Stammvermögen (auch das Vermögen, über das er als Vorerbe usw. im eigenen Interesse verfügen darf) angreifen, was unter anderm in der Weise geschehen kann, daß er unter Benutzung seines Kredits ein Darlehen aufnimmt (RG JW 07, 674[11]; Warn 09 Nr 29). Die Grenze bildet auch hier, daß der standesgemäße Unterhalt des Verpflichteten nicht gefährdet werden darf. Die Gefahr muß eine gegenwärtige sein. Dies schließt indes die Berücksichtigung der bestimmt vorauszusehenden künftigen Gestaltung der Vermögensverhältnisse, insbesondere die Berücksichtigung der zur Abschließung der Ausbildung noch zu machenden Ausgaben nicht aus (RG 13. 7. 04 IV 537/03; 18. 1. 09 IV 238/08; JW 04, 295[20]). Tritt die Gefährdung des standesmäßigen Unterhalts später ein, so hat dies die Ermäßigung beziehentlich den Fortfall der Unterhaltspflicht zur Folge, was auch gegenüber einem rechtskräftigen Urteile auf dem Wege des § 323 ZPO (allerdings nicht mit rückwirkender Kraft) zur Geltung gebracht werden kann. Im allgemeinen sind bei Bemessung des Unterhalts, namentlich des dem erziehungsbedürftigen Kinde zu gewährenden Unterhalts zur Vermeidung eines steten Wechsels des Unterhaltsbetrags möglichst die durchschnittlichen Einkünfte zugrunde zu legen, vor allem dann, wenn die Einkünfte größeren Schwankungen unterliegen. Im Interesse der Ausgleichung während der ungünstigen Geschäftszeit hat der Unterhaltspflichtige nötigenfalls, auch wenn ihm ein Stammvermögen nicht zur Verfügung steht, seinen persönlichen Kredit anzuspannen (RG 19. 9. 07 IV 541/06).

2. **Gesteigerte Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den minderjährigen unverheirateten Kindern** (vgl. hierzu § 1602 A 2). Die Verpflichtung der Eltern erhöht sich insofern, als sie die Unterhaltspflicht ohne Rücksicht auf die Gefährdung des eigenen Unterhalts zu erfüllen haben. Die Eltern müssen sich auf das Unentbehrlichste für ihren Lebensbedarf einschränken (RG JW 03 Beil 29[58]) und können sich, wenn nötig, dem nicht entziehen, selbst den letzten Sparpfennig mit diesen Kindern zu teilen. Dabei ist natürlich nicht an eine Teilung zu gleichen Teilen, sondern nach Verhältnis des Unterhaltsbedarfs zu denken, und ist den Eltern das zur Erhaltung der Arbeitsfähigkeit Nötige unbedingt zu belassen. Anderseits kann das Unterhaltsbedürfnis der Kinder nicht dem der Eltern vorgehen und hieraus ergibt sich, daß die gesteigerte Unterhaltspflicht nur insoweit eintritt, als der Unterhalt aus dem Vermögen des Kindes, mag es freies oder unfreies sein, nicht bestritten werden kann. Die gesteigerte Unterhaltspflicht der Eltern kann außerdem nur im äußersten Falle in Anspruch genommen werden, nämlich wenn ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter, der den Unterhalt ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhaltes gewähren kann, nicht vorhanden ist. Dieser in § 1603 Abs 2 zum Ausdruck gelangte Grundsatz führt dahin, daß auch die Mutter vor dem Vater haften muß, wenn sie, nicht aber der Vater, zur Unterhaltsgewährung ohne Gefährdung des standesmäßigen Unterhalts imstande ist (RG 57, 73; JW 04, 339[9]; a. M. Dernburg IV § 69 A 11). — Auch der Mann ist bei dem während der Ehe seiner Frau zu gewährenden Unterhalt nicht berechtigt, das zu seinem eigenen notdürftigen Unterhalt Erforderliche aus den Einkünften vorweg in Abzug zu bringen. In § 1360 ist die Unterhaltspflicht durch Rücksichten auf den eigenen standesgemäßen Bedarf nicht begrenzt und auch aus § 1361 ist ein solches Abzugsrecht nicht herzu-

leiten (RG JW 00, 849; 27. 6. 04 IV 58/04; 9. 10. 05 IV 214/05). Ebenso kann der Ehefrau, wenn sie ausnahmsweise (§ 1360 Abs 2) den Mann zu unterhalten hat, ein solches Abzugsrecht nicht zugestanden werden. Die Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten erfährt bei Gefährdung des standesmäßigen Unterhalts nach § 1579 Abs 1 nur eine Einschränkung. Die gesteigerte Unterhaltspflicht greift jedoch, wie in § 1579 Abs 2 bezüglich des Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Ehefrau ausdrücklich bestimmt ist, nicht Platz, wenn und soweit der Unterhalt aus dem Vermögensstamm des Bedürftigen bestritten werden kann. Das Gleiche ist auch im Falle des § 1361 Abs 2 infolge der hier zu beachtenden Billigkeitsrücksichten anzunehmen (RG 1. 12. 04 IV 249/04). Für die Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten kommt es auf die jeweilige Leistungsfähigkeit, nicht auf die Leistungsfähigkeit zur Zeit der Scheidung an (RG JW 10, 15[21]). Darüber, wann die Verwandten vor dem Ehegatten haften s. § 1608.

3. **Beweislast.** Die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten braucht der den Unterhalt Fordernde nicht nachzuweisen. Es ist Sache des Verpflichteten, seine Leistungsunfähigkeit — worüber im Prozesse, nicht erst in der Zwangsvollstreckungsinstanz entschieden wird — einzuwenden und klarzulegen (a. M. Leonhard, Beweislast S 425). Ist der Verpflichtete arbeitsfähig, so darf davon ausgegangen werden, daß er in der Lage ist, einen entsprechenden Verdienst sich zu verschaffen. Der Gegenbeweis, daß er zur nutzbringenden Verwendung seiner Kräfte keine Gelegenheit hat, ist von dem Verpflichteten zu führen. Meint der Berechtigte, daß der Verpflichtete imstande sei, eine größere Einnahme zu erzielen, so ist diese Behauptung näher zu begründen. Allgemeine Möglichkeiten und Vermutungen, daß der Verpflichtete einen lohnenderen Erwerb werde finden können, genügen nicht (RG 27. 11. 02 IV 240/02). Wird die erhöhte Unterhaltspflicht der Eltern in Anspruch genommen, so kann der Elternteil einwenden, daß andere Verwandte vorhanden sind, welche die Unterhaltspflicht ohne Gefährdung ihres standesmäßigen Unterhalts erfüllen können. Der Beweis der Leistungsfähigkeit dieser Verwandten liegt aber nicht dem Elternteil ob, vielmehr ist die Leistungsunfähigkeit von dem Unterhaltsberechtigten nachzuweisen (RG 18. 2. 04 IV 419/03).

§ 1604

Soweit die Unterhaltspflicht einer Frau ihren Verwandten gegenüber davon abhängt, daß sie zur Gewährung des Unterhalts imstande ist, kommt die dem Manne an dem eingebrachten Gute zustehende Verwaltung und Nutznießung nicht in Betracht[1]).

Besteht allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft[3]), so bestimmt sich die Unterhaltspflicht des Mannes oder der Frau Verwandten gegenüber so, wie wenn das Gesamtgut dem unterhaltspflichtigen Ehegatten gehörte. Sind bedürftige Verwandte beider Ehegatten vorhanden, so ist der Unterhalt aus dem Gesamtgute so zu gewähren, wie wenn die Bedürftigen zu beiden Ehegatten in dem Verwandtschaftsverhältnisse ständen, auf dem die Unterhaltspflicht des verpflichteten Ehegatten beruht[2])[3]).

E I 1313, 1363, 1425, 1431 Abs 1 II 1499 M 4, 255, 376, 530 P 4, 242 und 265.

1. Bei dem gesetzlichen Güterstand der **Nutznießung und Verwaltung des Mannes** erwirbt dieser das Nutznießungsrecht an dem eingebrachten Gut der Frau nur mit den aus der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Frau sich ergebenden Beschränkungen. Der Mann muß sich deshalb gefallen lassen, daß der Unterhaltsberechtigte, der gegen die Frau einen Anspruch hat, aus dem eingebrachten Gut gerade so seine Befriedigung sucht, als wenn das Nutznießungsrecht nicht bestände. Es tritt hier hinsichtlich der Haftung des eingebrachten Guts das gleiche Rechtsverhältnis ein wie in dem Falle, daß die Ehefrau voreheliche Schulden hat. Ein Widerspruchsrecht hat der auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu verklagende Ehemann nur, wenn das Maß der gesetzlichen Unterhaltspflicht überschritten wird (RG 21. 10. 01 IV 197/01). Für den Unterhalt ist der Mann nach §§ 1386 Abs 1 Satz 2 und 1388 persönlich verpflichtet, wenn und soweit der Unterhalt bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Eingebrachten bestritten werden kann. Soweit dies der Fall, kann der Mann auch nicht Erstattung des von ihm Geleisteten von der Frau beanspruchen.

2. Nach **Gütergemeinschaftsrecht** (nach dem Recht der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft) wird mit der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Frau das Gesamtgut gerade so belastet, wie beim Vorhandensein vorehelicher Schulden der Frau. Der Mann muß sich deshalb gefallen lassen, daß sich der Unterhaltsberechtigte aus dem Gesamtgut befriedigt und kann nicht etwa einwenden, daß das Ge-

samtgut der Frau nur zur Hälfte gehöre und nur diese Hälfte bei Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Frau in Betracht gezogen werden könne. Denn verhaftet ist das ganze Gesamtgut. Der § 1604 Abs 2 drückt dies — wobei allerdings der Rechtsgedanke verdunkelt wird — in der Weise aus, daß es so anzusehen sei, als wenn das Gesamtgut dem unterhaltspflichtigen Ehegatten gehöre. Das Gleiche gilt natürlich auch, wenn der Ehemann der Unterhaltspflichtige ist. Es wird nach der Ausdrucksweise des Gesetzes so angesehen, als wenn der Unterhaltsberechtigte zu beiden Eheleuten in dem Verwandtschaftsverhältnisse stünde, in welchem er zu dem unterhaltspflichtigen Ehegatten steht. Reicht das Gesamtgut zur Befriedigung der sämtlichen Unterhaltsberechtigten nicht aus, so bestimmt sich ihre Reihenfolge ohne Unterschied, ob die Ansprüche von den Verwandten des einen Teils oder andern Teils erhoben werden, lediglich nach den allgemeinen in § 1609 bestimmten Grundsätzen, so daß z. B. unter den Verwandten der aufsteigenden Linie die Gradesnähe entscheidet. Daraus, daß die Unterhaltspflicht der Frau als eine Gesamtgutverbindlichkeit sich darstellt, folgt, daß der Ehemann hierfür bis zur Beendigung der Gütergemeinschaft, d. i. für diejenigen Unterhaltspflichten, die bis zur Beendigung der Gütergemeinschaft entstanden sind, persönlich als Gesamtschuldner haftet (§§ 1459 Abs 2, 1530 Abs 2, 1549). — Durch die Unterhaltspflicht wird nach Gütergemeinschaftsrecht nur das Gesamtgut belastet, nicht das Sondergut oder Vorbehaltsgut (§§ 1439 bis 1441), bei Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft nicht das eingebrachte Gut oder Vorbehaltsgut (§§ 1520 bis 1526, 1550 bis 1555). — Bei der Fahrnisgemeinschaft kann nur die Frau Vorbehaltsgut haben. Dieses Vermögen kann daher nur bei der Bemessung der Leistungsfähigkeit desjenigen Ehegatten, welchem das Vermögen gehört, in Anschlag gebracht werden. Aus dem besonderen Vermögen des unterhaltspflichtigen Ehegatten ist das aus Gesamtgut Geleistete insoweit zu ersetzen, als es die Leistungsfähigkeit des Gesamtguts, mithin denjenigen Betrag übersteigt, der zu leisten gewesen wäre, wenn bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit nur das Gesamtgut, nicht das besondere Vermögen des Unterhaltspflichtigen in Betracht gezogen wäre (vgl. §§ 1463, 1535, 1549).

3. Keine Bestimmungen sind im Gesetze für den Fall getroffen, daß in der Ehe das Recht der **Gütertrennung** besteht. In diesem Falle erhält der Mann an Stelle des Nutznießungsrechts zur Bestreitung der ehelichen Lasten einen angemessenen Beitrag von der Frau (§ 1427). Hinsichtlich dieser Beitragsforderung muß dasselbe gelten, was A 1 hinsichtlich des Nutznießungsrechts gesagt ist. Die Verpflichtung der Frau zur Gewährung des Beitrags muß deshalb, wenn ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch gegen sie geltend gemacht wird, bei Beurteilung der Leistungsfähigkeit unberücksichtigt bleiben. Das Recht des Mannes tritt gegenüber dem Unterhaltsanspruch zurück.

§ 1605

Soweit die Unterhaltspflicht eines minderjährigen Kindes seinen Verwandten gegenüber davon abhängt, daß es zur Gewährung des Unterhalts imstande ist, kommt die elterliche Nutznießung an dem Vermögen des Kindes nicht in Betracht.

E I 1529 II 1500 M 4, 787 P 4, 552 und 580.

1. Im Einklang mit der Vorschrift des § 1604 Abs 1 steht die Regelung der **Unterhaltspflicht eines minderjährigen Kindes.** Ebenso wie der Ehemann, dem das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht zusteht, die Befriedigung der unterhaltsberechtigten Verwandten seiner Frau aus dem eingebrachten Gut, muß sich der Inhaber der elterlichen Gewalt die Befriedigung der unterhaltsberechtigten Verwandten seines minderjährigen Kindes aus dem **nicht freien Vermögen** des Kindes ohne Rücksicht auf das ihm hieran zustehende Nutznießungsrecht gefallen lassen (vgl. § 1659). Die über die persönliche Haftung und den Ersatzanspruch des Mannes in § 1386 Abs 1 Satz 2 und § 1388 gegebene Vorschrift (s. § 1604 A 1) findet auf den Inhaber der elterlichen Gewalt nach § 1654 entsprechende Anwendung.

§ 1606

Die Abkömmlinge sind vor den Verwandten der aufsteigenden Linie unterhaltspflichtig. Die Unterhaltspflicht der Abkömmlinge bestimmt sich nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung und dem Verhältnisse der Erbteile.

Unter den Verwandten der aufsteigenden Linie haften die näheren vor den entfernteren, mehrere gleich nahe zu gleichen Teilen. Der Vater haftet

jedoch vor der Mutter; steht die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes der Mutter zu, so haftet die Mutter vor dem Vater[1][2].

E I 1485, 1486 Satz 1 II 1501 M 4, 689 P 4, 482, 485; 6, 297.

1. Der Unterhaltsberechtigte kann die zur Gewährung des Unterhalts verpflichteten Personen nur in der gesetzlich bestimmten **Reihenfolge** in Anspruch nehmen. Die Unterhaltspflicht trifft in erster Linie den Ehegatten des Bedürftigen (§ 1608), dann die Abkömmlinge und zwar nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung und dem Verhältnis ihrer Erbteile, darauf den Vater, sodann die Mutter, endlich die Verwandten in aufsteigender Linie und zwar die dem Grade nach näheren vor den entfernteren und mehrere gleichnahe zu gleichen Teilen. Die Abkömmlinge haften nicht nach der Gradesnähe, sondern nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung, d. i. der Erbfolge nach Stämmen (§ 1924). Es treten also, wenn eines der Kinder des Unterhaltsberechtigten fortgefallen ist, an Stelle dieses Kindes dessen Abkömmlinge. Die Regel, daß von den Eltern der Vater vor der Mutter haftet, erleidet dann eine Ausnahme, wenn die Nutznießung am Vermögen des Kindes nicht dem Vater, sondern der Mutter zusteht. In diesem Falle ist umgekehrt vor dem Vater die Mutter verpflichtet. Es erscheint billig, daß derjenige Elternteil an erster Stelle den Unterhalt übernimmt, welchem das Nutznießungsrecht zusteht. Die Belastung mit der Unterhaltspflicht mag allerdings, wenn die Nutznießung keine oder nur sehr geringe Erträgnisse abwirft, eine Härte sein. Diese Härte wird aber dadurch beseitigt, daß die Mutter auf das Nutznießungsrecht verzichten kann (§ 1662). Die Großeltern und weiteren Vorfahren endlich haften — was auch der Erbfolgeordnung entspricht — nach der Nähe des Grades. Die gleichnahen Verwandten haben, ihre Leistungsfähigkeit (§ 1603) vorausgesetzt, zu dem Unterhalt zu gleichen Teilen beizutragen, ohne daß es einen Unterschied macht, ob der eine Verwandte in besseren Vermögensverhältnissen sich befindet, wie der andere Verwandte (**RG** JW 10, 237[17]). Die gleiche Beitragspflicht schließt übrigens eine Verteilung in der Weise nicht aus, daß dem einen Großelternteil seinen Wünschen und seiner Leistungsfähigkeit entsprechend der Unterhalt eines Enkels in Natur, dem andern Großelternteil der Unterhalt eines oder mehrerer anderer Enkel in Geld auferlegt wird (**RG** 15. 2. 09 IV 282/08). — Der Grundsatz des § 1606 Abs 2, daß der leistungsfähige Vater vor der Mutter haftet, greift nicht Platz für die nach § 627 ZPO von dem Eherichter zu treffende Regelung des Unterhalts der Kinder im Verhältnis der Ehegatten zueinander. Es ist in diesem Falle der zu leistende Beitrag unter Berücksichtigung der beiderseitigen Vermögensverhältnisse der Ehegatten zu bestimmen (**RG** 23. 9. 09 IV 477/09).

2. Über die Art der Haftung der Mitverpflichteten und über die Frage, ob der Mitverpflichtete Ersatz des über seinen Anteil hinaus Geleisteten fordern kann, s. A 2 und 4 zu § 1607.

§ 1607

Soweit ein Verwandter auf Grund des § 1603 nicht unterhaltspflichtig ist, hat der nach ihm haftende Verwandte den Unterhalt zu gewähren[1].

Das Gleiche gilt, wenn die Rechtsverfolgung gegen einen Verwandten im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist[1]. Der Anspruch gegen einen solchen Verwandten geht, soweit ein anderer Verwandter den Unterhalt gewährt, auf diesen über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Unterhaltsberechtigten geltend gemacht werden[2][3][4].

E I 1487 II 1502 M 4, 694 P 4, 489—491.

1. Eine **Ausnahme von der in § 1606 bestimmten Reihenfolge** ist gemacht, wenn und soweit der zunächst Verpflichtete nicht leistungsfähig ist oder die Rechtsverfolgung im Inlande ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist. In diesen Fällen treten als Unterhaltsverpflichtete die nach ihm Haftenden ein. Darüber, wann Leistungsunfähigkeit anzunehmen ist, s. § 1603 A 1. Der Leistungsunfähigkeit wird der Fall gleichgestellt, daß die Rechtsverfolgung im Inlande wegen fehlenden Gerichtsstandes unzulässig ist oder die Zwangsvollstreckung (die unter Rechtsverfolgung mit zu verstehen ist) im Inlande nicht stattfinden kann. Ist die Zwangsvollstreckung im Inlande nur in einzelne Vermögensgegenstände ausführbar, so kann der Unterhaltsberechtigte insoweit, als diese Zwangsvollstreckung nicht zu seiner Befriedigung führen würde, auf die an zweiter Stelle Haftenden zurückgreifen. Was unter erheblicher Erschwerung der Rechtsverfolgung zu verstehen ist, ist im Gesetze nicht gesagt. Der Ausdruck ist nicht auf den Fall des § 773 Nr 2 zu beschränken, daß eine Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Verpflichteten stattgefunden hat. Die Erschwerung der Rechtsverfolgung kann auch durch sonstige Hindernisse und Weiterungen herbeigeführt werden, wenn sie so erheblich sind, daß dem Unterhaltsbedürfnis des Berechtigten in empfindlicher Weise Eintrag geschieht. Sie

kann z. B. darin ihren Grund haben, daß der Verpflichtete, der vom Prozeßrichter für leistungsfähig erachtet ist, es unterläßt, durch Anspannung seiner Kräfte, Aufnahme eines Darlehens usw. die nötigen Unterhaltsmittel zu erlangen, so daß die Zwangsvollstreckung fruchtlos ausfällt.

2. Die Fälle des Abs 1 und des Abs 2 des § 1607 liegen insofern verschieden, als bei mangelnder Leistungsfähigkeit eine Verpflichtung überhaupt nicht besteht, während im Falle des Abs 2 die materielle Haftung des Verpflichteten, der nur von dem Unterhaltsberechtigten nicht in Anspruch genommen zu werden braucht, unverändert fortbesteht. Dieser Unterschied ist von Bedeutung für den **dem Leistenden zustehenden Ersatzanspruch.** Kommt der Leistungsunfähige (dessen Leistungsunfähigkeit innerhalb des Vierteljahres, für den der Unterhalt zu gewähren war, fortdauerte), nachher in bessere Vermögensverhältnisse, so kann ein Ersatzanspruch gegen ihn, da eine Verpflichtung für ihn überhaupt nicht bestand, nicht erhoben werden (RG 12. 11. 06 VI 108/06). Dagegen wird im Falle des Abs 2 der Unterhalt von dem an zweiter Stelle Verpflichteten für Rechnung des an erster Stelle Haftenden, der von seiner Verpflichtung nicht befreit ist, gewährt. Es folgt hieraus, daß der Leistende, der nach dem Gesetz zur Unterhaltsgewährung gezwungen ist, einen Ersatzanspruch haben muß, der schon nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 679) begründet sein würde. Das Gesetz gewährt den Ersatzanspruch hier wie in andern Fällen (vgl. namentlich § 774) in der Form, daß es auf den Leistenden den Anspruch des Bedürftigen übergehen läßt. Der übergegangene Anspruch hat übrigens, was Abtretbarkeit, Pfändung betrifft, und auch in anderer Hinsicht nicht die Eigenschaft eines Unterhaltsanspruchs. Trotz § 1613 kann Ersatz des Geleisteten gefordert werden, ohne daß der Verpflichtete zuvor in Verzug gekommen zu sein braucht. Den auf ihn übergegangenen Anspruch darf der Leistende nicht zum Nachteil des Unterhaltsberechtigten in solcher Weise geltend machen, daß dessen Unterhaltsbedürfnis Abbruch geschieht. Dieser würde sonst in die Lage kommen, zur Erlangung des weiteren Unterhalts wieder auf den Ersatzberechtigten zurückgreifen zu müssen. Die gleichen Grundsätze sind auch auf den Ersatzanspruch des Mitverpflichteten, der gemäß § 1607 mehr als seinen Anteil hat leisten müssen, zur Anwendung zu bringen.

3. Aus dem in § 1607 aufgestellten Grundsatz ist zu entnehmen, daß, wenn **mehrere nebeneinander haftende Verpflichtete** vorhanden sind und einer von ihnen wegen Leistungsunfähigkeit oder Erschwerung der Rechtsverfolgung ausfällt, die übrigen Mitverpflichteten an seiner Stelle für den ganzen Unterhalt aufzukommen haben. Die Mitverpflichteten haften nicht als Gesamtschuldner (vgl. RG 18. 2. 04 IV 419/03), sondern an sich zu gleichen Anteilen, beziehentlich, was die Abkömmlinge betrifft, nach Stämmen (vgl. § 1924). Von einer bloßen Teilhaftung kann man aber um deswillen nicht reden, weil die Zahlung bei Fortfall der Mitverpflichteten sich zu einer Haftung auf das Ganze erweitert (RG 52, 193). Der durch das gänzliche oder teilweise Ausscheiden eines Mitverpflichteten entstehende Ausfall ist, wenn sämtliche Mitverpflichtete zu gleichen Teilen haften, von den anderen gleichteilig zu tragen, falls nicht das bei weiterer Inanspruchnahme entstehende Unvermögen eines Mitverpflichteten die stärkere Heranziehung der übrigen nötig macht. Die Haftung der Mitverpflichteten kann hiernach weder als eine gesamtschuldnerische, noch als eine Teilhaftung bezeichnet werden. Es findet ein ähnliches Rechtsverhältnis statt, als wenn jeder der Mitverpflichteten für seinen Anteil und zugleich bürgschaftsweise für die Anteile der anderen haftet. — Die Mitverpflichteten stehen nicht in dem Verhältnis notwendiger Streitgenossen zueinander. Doch empfiehlt es sich, sie gemeinschaftlich zu verklagen, damit nicht infolge verschiedenartiger Entscheidungen die Anteile so bemessen werden können, daß der volle Unterhalt überhaupt nicht herauskommt.

4. **Beweislast.** Der Unterhaltsberechtigte hat nicht nötig, bevor er den in zweiter Linie Haftenden in Anspruch nimmt, die Leistungsunfähigkeit der an erster Stelle Verpflichteten in einem gegen letztere anzustellenden Prozesse zur Feststellung zu bringen. Auch braucht er nicht die sämtlichen Verpflichteten gemeinschaftlich zu belangen, und zwar selbst dann nicht, wenn er den einen Mitverpflichteten wegen Leistungsunfähigkeit des andern auf mehr als seinen Anteil in Anspruch nehmen will. Den Nachweis der Leistungsunfähigkeit hat natürlich in diesem Falle der Unterhaltsberechtigte zu führen, wie ihm überhaupt, wenn der Verpflichtete sich darauf beruft, daß neben ihm oder vor ihm andere haften, der Nachweis obliegt, daß letztere nach § 1607 wegen Leistungsunfähigkeit oder Erschwerung der Rechtsverfolgung nicht in Betracht kommen (RG 57, 76; JW 01, 481). Dagegen braucht er nicht nachzuweisen, daß die Unterhaltspflicht von ihnen nicht erfüllt ist. Die Behauptung, daß der Unterhalt gewährt oder in gehöriger Weise angeboten sei, ist ein Einwand, der von dem Verpflichteten zu beweisen ist (RG JW 01, 481).

§ 1608

Der Ehegatte des Bedürftigen haftet vor dessen Verwandten. Soweit jedoch der Ehegatte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer-

stande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren, haften die Verwandten vor dem Ehegatten. Die Vorschriften des § 1607 Abs. 2 finden entsprechende Anwendung[1]**.**

Das Gleiche gilt von einem geschiedenen unterhaltspflichtigen Ehegatten sowie von einem Ehegatten, der nach § 1351 unterhaltspflichtig ist[1]**.**

E I 1484 II 1503 M 4, 689 P 4, 485.

1. Die Eheleute, die sich gegenseitig Beistand schulden, sind im Falle der Unterhaltsbedürftigkeit zuerst aufeinander angewiesen. Die **Verwandten haften** deshalb **erst nach dem Ehegatten** des Bedürftigen, mit der Ausnahme jedoch, daß, soweit der von dem Ehegatten zu gewährende Unterhalt über das in § 1608 Abs 1 bestimmte Maß hinausgeht (vgl. § 1603 A 2), die leistungsfähigen Verwandten vor ihm einzutreten haben. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Ehegatten verheiratet sind (§§ 1360, 1361) oder die Ehe geschieden ist (§§ 1578 ff.) oder der Unterhaltsanspruch durch die Nichtigkeit der Ehe (§§ 1345, 1351) begründet ist. Die Bestimmung des § 1608 über die ausnahmsweise Haftung der Verwandten vor dem Ehegatten steht im Einklang mit der in § 1603 Abs 2 und § 1607 Abs 1 getroffenen Regelung. Die Anwendbarkeit des § 1607 Abs 2 ist in § 1608 ausdrücklich vorgeschrieben.

§ 1609

Sind mehrere Bedürftige[1][2] **vorhanden und ist der Unterhaltspflichtige außerstande, allen Unterhalt zu gewähren, so gehen unter ihnen die Abkömmlinge den Verwandten der aufsteigenden Linie, unter den Abkömmlingen diejenigen, welche im Falle der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen sein würden, den übrigen Abkömmlingen, unter den Verwandten der aufsteigenden Linie die näheren den entfernteren vor.**

Der Ehegatte steht den minderjährigen unverheirateten Kindern gleich; er geht andern Kindern und den übrigen Verwandten vor. Ein geschiedener Ehegatte sowie ein Ehegatte, der nach § 1351 unterhaltsberechtigt ist, geht den volljährigen oder verheirateten Kindern und den übrigen Verwandten vor.

E I 1483 II 1504 M 4, 688 P 4, 485, 530; 6 291.

1. Wenn der Unterhaltspflichtige nicht imstande ist, den sämtlichen Unterhaltspflichten zu genügen, so entsteht die Frage, **welchem der mehreren Unterhaltsberechtigten ein Vorrang** gebührt. Die hierfür geltenden Grundsätze weichen von den in § 1606 über die Reihenfolge der Unterhaltsverpflichteten aufgestellten Regeln in verschiedenen Beziehungen ab. Unterhaltsberechtigt sind nach § 1609 Abs 1 in erster Linie die Abkömmlinge. Diese Regel erleidet indes nach Abs 2 dadurch eine Änderung, daß der Ehegatte den minderjährigen unverheirateten Kindern gleichgestellt ist und vor den andern Kindern den Vorrang hat. Reicht die Leistungsfähigkeit des Elternteils zur Bestreitung des Unterhalts sämtlicher Kinder nicht aus, so liegt ihm gegenüber den minderjährigen unverheirateten Kindern nach § 1603 Abs 2 und gegenüber dem Ehegatten (bei Nichtvorhandensein unterhaltspflichtiger Verwandter) die Verpflichtung ob, zur Ergänzung des Unterhaltsbedarfs ohne Rücksicht auf die Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts alle verfügbaren Mittel mit diesen zu teilen. Da hierdurch zugleich die nach § 1603 Abs 1 zu bemessende Leistungsfähigkeit herabgesetzt wird, so führt diese Berechnung dazu, daß der etwaige Ausfall von den verheirateten und den volljährigen Kindern zu tragen ist. Reichen die Mittel nicht aus, so müssen die minderjährigen unverheirateten Kinder und der Ehegatte, welche gleichen Rang haben, eine verhältnismäßige Schmälerung ihres Unterhaltsbedarfs (der für die Berechtigten verschieden sein kann) sich gefallen lassen. Ähnlich ist die Stellung des geschiedenen Ehegatten. Er erhält nach den minderjährigen unverheirateten Kindern und vor den übrigen Kindern eine Befriedigung. Durch seine Hinzukunft erleiden also nur die volljährigen verheirateten Kinder eine Schmälerung des an sich für alle Kinder gleichmäßig anzusetzenden Unterhaltsbedarfs. Die gleichen Rechte wie der geschiedene Ehegatte hat der in den Fällen der §§ 1345 und 1351 für unterhaltsberechtigt erklärte Ehegatte aus nichtiger Ehe. Auf die volljährigen Kinder und die verheirateten folgen die Verwandten aufsteigender Linie und zwar entscheidet unter ihnen — was mit der Regelung der Reihenfolge der Unterhaltsverpflichteten übereinstimmt — die Gradesnähe.

2. Gegenüber dem Anspruch auf Unterhalt kann der Verpflichtete auf den Vorrang oder den gleichen Rang eines Unterhaltsberechtigten sich nur berufen, wenn von diesem **der Unterhaltsanspruch geltend gemacht wird,** wobei eine Geltendmachung auch in der Annahme des freiwillig gewährten Unterhalts zu erblicken ist. Anders ist es nur, wenn als unter-

haltsberechtigt minderjährige Kinder in Betracht kommen, deren Unterhaltsansprüche von dem verpflichteten Elternteil auch ohne Geltendmachung berücksichtigt werden dürfen. Solange einem Vorberechtigten oder Mitberechtigten der Unterhalt freiwillig von einem Dritten, wenn schon dieser keine Rechtspflicht hierzu hat, gewährt wird, bleibt der Unterhaltsanspruch dieser Personen unberücksichtigt (RG JW 04, 340[9]). Hat der Vorberechtigte oder Mitberechtigte keinen Unterhaltsanspruch geltend gemacht, so geht ihm dadurch nicht das Recht verloren, das dem anderen an Unterhalt Gewährte, was diesem sonst nicht zugekommen wäre, nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzufordern. Dies Rückforderungsrecht kann allerdings erst von dem Zeitpunkte an, wo der andere in Verzug gesetzt ist (vgl. § 1613), ausgeübt werden. Gegen den Unterhaltspflichtigen kann der Vorberechtigte oder Mitberechtigte Ansprüche erst erheben seit Ablauf des Vierteljahrs, für welches der Verpflichtete den Unterhalt bereits entrichtet hat.

§ 1610

Das Maß des zu gewährenden Unterhalts bestimmt sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen (standesmäßiger Unterhalt)[1]).

Der Unterhalt umfaßt den gesamten Lebensbedarf, bei einer der Erziehung bedürftigen Person auch die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Berufe[2])[3]).

E I 1488 Abs 1 und 2 II 1505 M 4, 696 P 4, 491.

1. **Standesmäßiger Unterhalt.** In § 1610 ist grundsätzlich ausgesprochen, daß der Unterhalt nach der **Lebensstellung des Bedürftigen**, nicht nach derjenigen des Verpflichteten, sich bestimmt. Die Lebensstellung des Berechtigten ist maßgebend, auch wenn sie eine höhere ist als die des Verpflichteten. Zu beachten ist aber, daß der Berechtigte keinen Anspruch darauf hat, daß ihm der Unterhalt nach der einmal erlangten höheren Lebensstellung für immer gewährt wird. Kann er sich in dieser nicht behaupten, so muß er, da er seinen Unterhalt, soweit möglich, sich selbst zu verdienen hat, mit einer dieser Beschäftigung entsprechenden niedrigeren Unterhaltsrente sich begnügen. Auf die Lebensstellung der Kinder haben die Eltern dadurch einen maßgebenden Einfluß, daß die Erziehung in ihren Händen liegt und sie den von dem Kinde zu ergreifenden Beruf (vorbehaltlich des Eingreifens des Vormundschaftsgerichts im Falle des Mißbrauchs, § 1666) zu bestimmen haben. Erwählt dem entgegen des volljährig gewordene Kind einen andern Beruf, für den es ihm von vornherein an den nötigen Mitteln gebricht, so kann die hierdurch herbeigeführte höhere Lebensstellung für die Bemessung des von den Eltern zu gewährenden Unterhalts nicht maßgebend sein. Die Lebensstellung des Kindes richtet sich im allgemeinen nach der des Vaters. Doch können, wenn der Vater heruntergekommen ist, die gesamten Verhältnisse der Familie ihren fortwirkenden Einfluß auf die Stellung des Kindes behalten (RG 24. 1. 10 IV 103/09).

2. Der von den Verwandten zu gewährende standesmäßige Unterhalt geht über die Gewährung von Obdach, des unentbehrlichen Lebensunterhalts, der erforderlichen Pflege in Krankheitsfällen und eines angemessenen Begräbnisses (worauf die Armenunterstützung sich zu beschränken pflegt) erheblich hinaus. Er umfaßt, wie § 1610 Abs 2 sagt, den **gesamten Lebensbedarf** und ist deshalb nicht auf das Unentbehrlichste, auch nicht auf die Pflege des Körpers beschränkt. Dem Unterhaltsbedürftigen müssen je nach Verschiedenheit der Lebensstellung im einzelnen Falle auch die zur Pflege der geistigen Interessen (Zeitungen, Bücher usw.) notwendigen Mittel verabfolgt werden (a. A. Opet, Verwandtschaftsrecht § 10 S. 88). Zu den Kosten der körperlichen Pflege können, wofür es ebenfalls auf die Lebensstellung des Bedürftigen ankommt, die Kosten eines Badeaufenthalts oder einer Erholungsreise gehören. Einen weiteren Umfang gewinnt der Unterhalt bei einer der Erziehung bedürftigen Person. Zu den Erziehungskosten sind auch die Kosten der Vorbildung zu einem bestimmten Berufe zu rechnen, unter Umständen auch die Kosten des Militärdienstes als Einjährig-Freiwilliger, wenn nämlich diese Art des Militärdienstes den Standes- und Vermögensverhältnissen entspricht. Für die Entscheidung der Frage, ob die Kosten eines Universitätsstudiums oder einer ähnlichen höheren Vorbildung zu gewähren sind, ist nicht bloß die Befähigung des Bedürftigen, sondern auch die Höhe der zur Verfügung stehenden Mittel von Bedeutung. Doch werden die Eltern sich in der Regel nicht weigern können, die Kosten zur Fortsetzung des Studiums herzugeben, wenn dasselbe mit ihrer Zustimmung einmal begonnen ist und die Fortsetzung Erfolg verspricht (vgl. RG 14. 5. 03 IV 26/03). Den Anschauungen des höheren Bürgerstandes entspricht es, daß den aus ihm hervorgegangenen Söhnen eine das volle Hochschulstudium umfassende Ausbildung zuteil wird (RG 11. 11. 09 IV 35/09). Die Mittel zur Berufsvorbildung hat übrigens der Unterhaltspflichtige auch dann zu gewähren, wenn die Erziehung des Bedürftigen bereits abgeschlossen sein sollte (RG JW 10, 478[12]). Bei Bemessung des Unterhaltsbedarfs ist auch auf die für später mit Sicherheit

zu erwartende Erhöhung der Ausgaben Rücksicht zu nehmen (RG Warn 08 Nr 325). Über die Verpflichtung zur Tragung der Beerdigungskosten s. § 1615 A 2.

3. Die Unterhaltspflicht enthält nicht die Verpflichtung, die Kosten zur Führung eines **Rechtsstreites** oder zur **Verteidigung** im Strafverfahren herzugeben (a. A. Blume A 2). Für den Unterhaltsbedürftigen ist in dieser Beziehung dadurch gesorgt, daß für die Führung des Rechtsstreits das Armenrecht ihm bewilligt werden (§§ 114 ff. ZPO) und für das Strafverfahren ein Verteidiger beigeordnet werden kann (§§ 140, 141 StPO).

§ 1611

Wer durch sein sittliches Verschulden²) bedürftig geworden ist, kann nur den notdürftigen Unterhalt¹) verlangen.

Der gleichen Beschränkung unterliegt der Unterhaltsanspruch der Abkömmlinge, der Eltern und des Ehegatten, wenn sie sich einer Verfehlung schuldig machen, die den Unterhaltspflichtigen berechtigt, ihnen den Pflichtteil zu entziehen, sowie der Unterhaltsanspruch der Großeltern und der weiteren Voreltern, wenn ihnen gegenüber die Voraussetzungen vorliegen, unter denen Kinder berechtigt sind, ihren Eltern den Pflichtteil zu entziehen²).

Der Bedürftige kann wegen einer nach diesen Vorschriften eintretenden Beschränkung seines Anspruchs nicht andere Unterhaltspflichtige in Anspruch nehmen³).

E I 1490 II 1506 M 4, 699 P 4, 494; 6, 297.

1. Das öffentliche Interesse an dem Bestehen des familienrechtlichen Unterhaltsanspruchs zeigt sich nicht bloß in der Unverzichtbarkeit des Anspruchs auf künftigen Unterhalt (§ 1613), sondern auch darin, daß der Anspruch durch Verfehlungen niemals gänzlich verwirkt wird. Der Bedürftige wird nur dadurch bestraft, daß sein Anspruch auf den **notdürftigen Unterhalt** sich beschränkt. Nach den Motiven (4, 698) ist es abgelehnt, das Maß des notdürftigen Unterhalts nach den von der öffentlichen Armenpflege gewährten Leistungen (s. § 1610 A 2) zu bestimmen. Gleichwohl können diese Leistungen zum Vergleiche herangezogen werden, wobei allerdings nicht außer acht gelassen werden darf, daß die persönlichen Verhältnisse des Berechtigten zu einer Steigerung der Unterhaltsrente führen können (RG 21. 3. 04 IV 4/04). Die Beschränkung des Unterhalts auf den Notbedarf ist von dem Verpflichteten einredeweise geltend zu machen und liegt ihm demgemäß auch der Nachweis ob, daß die Voraussetzungen der Beschränkung eingetreten sind.

2. Verfehlungen gegen den Unterhaltspflichtigen haben die Beschränkung auf den notdürftigen Unterhalt nur zur Folge, wenn sie diesem einen Grund zur Entziehung des Pflichtteils geben würden. Ehegatten sind gegeneinander zur Entziehung des Pflichtteils nach § 2335 aus den in §§ 1565 bis 1568 angeführten Gründen berechtigt, ohne daß Scheidungsklage erhoben zu sein braucht, Eltern und Voreltern gegenüber den Abkömmlingen aus den in § 2333 angeführten Gründen, endlich die Kinder gegenüber den Eltern aus den in § 2335 bezeichneten Gründen. Dem Anspruch des Ehegatten auf Herabsetzung des Unterhalts steht der Ablauf der für die Geltendmachung des Scheidungsgrundes in § 1571 bestimmten Frist nicht entgegen (RG 23. 11. 08 IV 513/08). Was die Voreltern betrifft, so ist die daraus sich ergebende Lücke, daß sie überhaupt nicht pflichtteilsberechtigt sind, von § 1611 Abs 2 dadurch ergänzt, daß auf sie die für die Entziehung des Pflichtteils der Eltern durch das Kind geltenden Gründe ausgedehnt sind. Durch Verzeihung wird das Recht zur Entziehung des Pflichtteils beseitigt (§ 2337). Einen allgemeinen Grund zur Beschränkung des Unterhalts auf den Notbedarf bildet es, wenn der den Unterhalt Verlangende durch sein **sittliches Verschulden** bedürftig geworden ist. Daß die Armut verschuldet ist, genügt nicht, die Armut muß durch Gründe, welche die sittliche Mißbilligung verdienen (z. B. Arbeitsscheu, Trunksucht, Verschwendung, verbrecherische Handlungen, leichtfertige Spekulationen) herbeigeführt sein. Solange der Zusammenhang zwischen dem sittlichen Verschulden als Ursache und der Bedürftigkeit als Wirkung besteht, dauert auch die Beschränkung des Unterhaltsanspruchs auf das notdürftige Maß fort. Der Zusammenhang ist unterbrochen, wenn der Bedürftige eine Erwerbsstellung gefunden hat, demnächst aber durch unverschuldete Krankheit von neuem erwerbsunfähig geworden ist (RG JW 10, 477¹⁹). Auf das Verhältnis der Ehegatten zueinander findet die in Abs 1 gegebene Bestimmung keine Anwendung (RG JW 05, 201⁴).

3. Da die Beschränkung des Unterhalts zur Strafe eintritt, so ist es selbstverständlich, daß der Bedürftige, der gegen den Unterhaltspflichtigen sich vergangen hat, **nicht** etwa wegen des durch die Beschränkung ihm entgehenden Unterhalts sich an **einen andern Verpflichteten** halten kann. Anders ist es, wenn der Unterhaltspflichtige wegen mangelnder Leistungsfähigkeit ganz oder teilweise ausscheidet.

§ 1612

Der Unterhalt ist durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren. Der Verpflichtete kann verlangen, daß ihm die Gewährung des Unterhalts in anderer Art gestattet wird, wenn besondere Gründe es rechtfertigen[1]).

Haben Eltern einem unverheirateten Kinde Unterhalt zu gewähren, so können sie bestimmen, in welcher Art und für welche Zeit im voraus der Unterhalt gewährt werden soll. Aus besonderen Gründen kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Kindes die Bestimmung der Eltern ändern[2]).

Im übrigen finden die Vorschriften des § 760 Anwendung[3]).

E I 1491 II 1507 **M** 4, 702 **P** 4, 495; 6, 297.

1. Die Entrichtung des Unterhalts in einer **Geldrente** wird in der Mehrzahl der Fälle den Verhältnissen des Berechtigten und Verpflichteten am besten entsprechen. Fällt dem Verpflichteten diese Art der Unterhaltsgewährung besonders beschwerlich, so kann er verlangen, daß ihm die **Gewährung des Unterhalts in anderer Art** (Naturalunterhalt) gestattet wird. Er hat zu diesem Zweck dem Berechtigten einen bestimmten Vorschlag zu machen, der ersehen läßt, in welcher Weise für Wohnung und Verpflegung gesorgt werden soll (**RG** 13. 2. 02 IV 360/01). Verlangt er die Übersiedlung des Unterhaltsbedürftigen, so hat er das hierzu erforderliche Reisegeld anzubieten. Der Vorschlag kann von dem Berechtigten abgelehnt werden, wenn der Empfang von Naturalunterhalt für ihn besonders drückend sein würde. Kommt es zu keiner Einigung, so hat der Prozeßrichter hierüber zu entscheiden, der auf die Interessen des Verpflichteten und des Berechtigten Rücksicht zu nehmen hat und, wenn er hierin einen billigen Ausgleich sieht, die von dem Verpflichteten verlangte Naturalverpflegung auch in einer von dessen Vorschlägen abweichenden Weise anordnen kann. Naturalverpflegung kann der Verpflichtete auch aus dem Grunde verlangen, weil diese Unterhaltsgewährung im eigenen Interesse des Berechtigten ist, weil z. B. eine wirtschaftliche Verwaltung des Geldes von ihm nicht zu erwarten ist (a. A. Blume A 3). Stellt sich später heraus, daß die Gewährung von Naturalunterhalt zu Mißständen oder Mißhelligkeiten führt, so kann die getroffene Wahl (nötigenfalls auf dem Wege des § 323 ZPO) wieder abgeändert werden. Eine Art des Naturalunterhalts ist es, wenn der Bedürftige in Verpflegung gegeben und Pension für ihn entrichtet wird. Der Übergang von Naturalunterhalt zu Geldunterhalt und umgekehrt stellt sich nicht als Klageänderung dar. — Die Unterhaltspflicht geht an sich nur auf Geldzahlung. Es kann deshalb nicht gefordert werden, daß derjenige, welcher wegen seiner ungünstigen Vermögensverhältnisse eine Geldzahlung nicht geben kann, seiner Unterhaltspflicht durch Leistung von Diensten genügt. Dies ist auch wichtig für den Schadensersatzanspruch aus § 844 Abs 2 wegen Entziehung des Unterhalts (**RG** 27. 9. 09 IV 643/08).

2. Besondere Grundsätze greifen Platz, **wenn die Eltern** (nicht Großeltern) **einem unverheirateten Kinde,** mag dieses nun minderjährig oder volljährig sein, **Unterhalt zu gewähren haben.** Die Eltern haben das Bestimmungsrecht darüber, in welcher Art und für welche Zeit im voraus der Unterhalt zu entrichten ist, ohne an die Schranke gebunden zu sein, daß die Vorausentrichtung den Zeitraum von drei Monaten nicht übersteigen darf. Der Zeitraum muß aber ein den Umständen nach angemessener sein. Nur unter dieser Voraussetzung werden die Eltern nach § 1614 Abs 2 durch eine über drei Monate hinausgehende Vorausentrichtung von der Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung frei. Der von dem unterhaltspflichtigen Elternteil getroffenen Bestimmung hat das Kind sich zu fügen, ohne daß es hiergegen die Entscheidung des Prozeßgerichts anrufen kann. Es steht ihm nur frei, sich an das Vormundschaftsgericht zu wenden, das (ohne daß es der Bestellung eines Pflegers bedarf) die von dem Elternteil getroffene Bestimmung, wenn es hierin eine unbillige Beschwerung des Kindes erachtet, abändern kann. Es ist z. B. nicht zu verlangen, daß das Kind, um Naturalverpflegung im elterlichen Hause zu empfangen, sich von seiner Familie trennt. Die von dem Elternteil getroffene Bestimmung ist, ohne daß sie erst von dem Vormundschaftsgericht aufgehoben zu werden braucht, unwirksam, wenn sie etwas Unausführbares anordnet. Der Vater kann nicht anordnen, daß das von ihm getrennt lebende Kind seinen Unterhalt in der väterlichen Wohnung zu beziehen hat, wenn es in so jugendlichem Alter sich befindet, daß es den Willen, zum Vater zurückzukehren, nicht haben kann (**RG** JW 01, 871). Es kann dies auch nicht angeordnet werden gegenüber einem für das Kind bestellten Pfleger, der nicht ermächtigt ist, den Streit über das Verbleiben des Kindes zum Austrag zu bringen (**RG** 57, 77). Die Bestimmung des Vaters ist ferner unwirksam, wenn ihm die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist. Sie kann auch nicht in der Weise ausgeübt werden, daß das der Mutter aus § 1635 zustehende Erziehungsrecht vereitelt wird. Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts erlangt Vollstreckbarkeit nur dadurch, daß sie im Rechtsstreit über die Unterhaltspflicht der Entscheidung des Prozeßgerichts zugrunde zu legen ist (**RG** JW 03 Beil 30[59]).

Dem unverheirateten Kinde steht das verheiratet gewesene Kind nicht gleich (**RG** 22. 2. 09 IV 329/08).

3. Nach der in Abs 3 angezogenen Vorschrift des § 760 ist die **Geldrente für drei Monate im voraus** zu entrichten. Diese Bestimmung enthält wie in § 1614 Abs 2 gesagt ist, insofern zwingendes Recht, als die Vorausentrichtung über diesen Zeitraum hinaus den Verpflichteten für den überschießenden Zeitraum, wenn die Bedürftigkeit von neuem eintritt, von der Verbindlichkeit zur Unterhaltsgewährung nicht befreit. Der Unterhaltspflichtige handelt, wenn er für einen längeren Zeitraum zahlt, auf eigene Gefahr. Nicht richtig ist es deshalb, wenn Staudinger (A 2a) dem Unterhaltspflichtigen das Recht geben will, sich aus besonderen Gründen durch Zahlung einer Kapitalabfindung zu befreien. Das Recht auf Unterhalt geht dem Berechtigten selbst dann nicht verloren, wenn er eine Kapitalabfindung im Rechtsstreit gefordert und zuerkannt erhalten haben sollte (**RG** 8. 7. 01 IV 112/01). Durch die Bestimmung des § 1612 Abs 3 ist dagegen nicht ausgeschlossen, daß dem Unterhaltspflichtigen, wenn er zu etwas mehrerem nicht imstande ist, die Vorauszahlung in kürzeren Zeiträumen nachgelassen wird, ohne daß deswegen auf den nach ihm Haftenden zurückgegriffen werden darf. Dies wird ihm auch dann nachgelassen werden können, wenn ihm die Vorauszahlung für drei Monate nach seinen Einkünften sehr schwer fallen würde, wobei anderseits auch die Interessen des Unterhaltsberechtigten nicht außer Betracht bleiben dürfen. Bei der Gewährung des Naturalunterhalts darf die Vorausentrichtung nicht einen den Umständen nach angemessenen Zeitraum übersteigen (§§ 1614 Abs 2, 760 Abs 2). Für alle Fälle der Vorausentrichtung gilt die Regel des § 760, daß der Gläubiger, der den Beginn des Zeitraums erlebt, ein Recht auf die volle Rente erworben hat.

§ 1613

Für die Vergangenheit kann der Berechtigte Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur von der Zeit an fordern, zu welcher der Verpflichtete in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist[1]).

E I 1492 II 1508 M 4, 705 P 4, 496.

1. Der Berechtigte kann **Unterhalt nur für die Zukunft**, nicht die Vergangenheit fordern. Hat er aber einmal Unterhalt gefordert, sei es im Wege der Mahnung oder der Klageerhebung, so kann der Verpflichtete dadurch keinen Vorteil haben, daß er durch Nichterfüllung es dahin gebracht hat, daß der Zeitraum, für den der Unterhalt gefordert war, verstrichen ist. Der Unterhalt kann deshalb von der Zeit an, wo der Verpflichtete in **Verzug** gekommen ist oder der Unterhaltsanspruch **rechtshängig** geworden ist, nachgefordert werden. Die Aufforderung, von einem bestimmten späteren Zeitpunkte an Unterhalt zu gewähren, muß zur Inverzugsetzung, falls Leistung zu dieser Zeit nicht erfolgt, genügen. Eine Verzug liegt nicht vor, wenn der Berechtigte selbst schuld ist, daß er den Unterhalt nicht erhalten hat, wenn er z. B. bei Gewährung von Naturalunterhalt sich nicht zur rechten Zeit zur Empfangnahme des Unterhalts eingefunden hat. Ist der Verpflichtete nicht in Verzug gekommen, so ist weder ein Anspruch auf Nacherfüllung, noch ein Anspruch auf Schadensersatz oder Herausgabe der Bereicherung (vgl. **RG** 25. 1. 04 IV 279/03) gegeben. Im Falle des Verzuges geht der Anspruch an sich auf Nachlieferung und Ersatz des durch die Verzögerung entstandenen Schadens. Hat aber die Nacherfüllung für den Berechtigten kein Interesse — wie es bei Gewährung von Naturalunterhalt meist der Fall sein wird —, so kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden (§ 286 Abs 2). Anderseits kann bei Gewährung von Naturalunterhalt dem in Verzug gekommenen Verpflichteten die Nacherfüllung, wenn die Aufbewahrung umständlich ist oder der Verderb der Lebensmittel zu besorgen ist, nicht zugemutet werden. In diesem Falle ist daher nur ein Anspruch auf Schadensersatz gegeben. Die im § 1613 aufgestellte Beschränkung greift nicht Platz, wenn der Unterhalt durch Vertrag versprochen ist.

§ 1614

Für die Zukunft kann auf den Unterhalt nicht verzichtet werden[1]).

Durch eine Vorausleistung wird der Verpflichtete bei erneuter Bedürftigkeit des Berechtigten nur für den im § 760 Abs. 2 bestimmten Zeitabschnitt oder, wenn er selbst den Zeitabschnitt zu bestimmen hatte, für einen den Umständen nach angemessenen Zeitabschnitt befreit[2]).

E I 1495 II 1509 M 4, 709 P 4, 483 und 515.

1. Die Bestimmung des § 1614, daß **für die Zukunft auf den Unterhalt nicht verzichtet werden kann,** findet ihre Rechtfertigung in der sittlichen Grundlage der Unterhalts-

pflicht und in dem wegen der öffentlichen Armenpflege bestehenden öffentlichen Interesse (M 4, 709). Ein solcher Verzicht ist nichtig, auch wenn er gegen entsprechendes Entgelt abgegeben ist und der Verzichtende zur Zeit der Verzichtserklärung genügendes Vermögen zur Bestreitung seines Unterhalts besaß (RG JW 05, 682[1]; 17. 2. 02 IV 362/01), oder wenn die Unterhaltspflicht von einem andern übernommen wird. Nichtig ist ferner ein Vergleich über den Unterhaltsbetrag (RG Gruch 46, 945) und ein Vertrag, durch welchen der Bedürftige eine über den gesetzlichen Zeitraum (§ 1614 Abs 2) hinausgehende Vorausentrichtung bewilligt. Auch eine sonstige vertragsmäßige Abmachung, durch welche der gesetzliche Unterhaltsanspruch vermindert wird, ist nichtig (RG JW 02, 72), desgleichen eine Vereinbarung zwischen Ehegatten, in der die Unterhaltsgewährung von dem Getrenntleben abhängig gemacht ist (RG 25. 9. 05 IV 156/05).

2. Vgl. § 1612 A 3. Ein Verzicht auf den Unterhalt **für die Vergangenheit** wird durch § 1614 nicht betroffen. Die Bestimmung des § 1614 gilt auch nicht für den Unterhaltsanspruch eines geschiedenen Ehegatten, worüber die Eheleute Vereinbarungen treffen können, falls nicht etwa der Vertrag auf Erleichterung der Scheidung abzielt (vgl. § 1580 A 5).

§ 1615

Der Unterhaltsanspruch erlischt mit dem Tode des Berechtigten oder des Verpflichteten, soweit er nicht auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung für die Vergangenheit oder auf solche im voraus zu bewirkende Leistungen gerichtet ist, die zur Zeit des Todes des Berechtigten oder des Verpflichteten fällig sind.

Im Falle des Todes des Berechtigten hat der Verpflichtete die Kosten der Beerdigung[2]) zu tragen, soweit ihre Bezahlung nicht von dem Erben zu erlangen ist.

E I 1488 Abs 4, 1496 II 1510 M 4, 699, 710 P 4, 491, 493, 515.

1. Die Unterhaltspflicht muß **für die Zukunft erlöschen**, wenn durch den **Tod des Berechtigten oder Verpflichteten** der die Unterhaltspflicht begründende Zustand des Verwandtschaftsverhältnisses fortgefallen ist. Auch wenn die Erben des Verpflichteten (was keineswegs immer der Fall zu sein braucht) Verwandte des Unterhaltsberechtigten sind und in dieser Eigenschaft unterhaltspflichtig werden, so ist dies doch eine in ihrer Person neubeginnende Verpflichtung, die aus der Verpflichtung des Erblassers nicht abgeleitet ist. Auf den bereits vor dem Tode des Berechtigten oder Verpflichteten *fällig gewordenen Unterhalt* (s. § 1613) erstreckt sich dagegen die Unvererblichkeit nicht, auch nicht auf die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung an den geschiedenen Ehegatten (vgl. § 1582). Wegen der Pfändbarkeit des Unterhaltsanspruchs s. Vorbem 6 vor § 1601.

2. Für die **Beerdigungskosten** hat in erster Linie der Erbe (§ 1968), in zweiter Linie der Unterhaltspflichtige aufzukommen. Zur Inanspruchnahme des letzteren genügt der Nachweis, daß die Zwangsvollstreckung gegen den Erben erfolglos bleiben würde. Wegen der gehabten Aufwendungen steht dem Unterhaltspflichtigen ein Ersatzanspruch gegen den Erben zu. Auch wird dem Erben oder Unterhaltspflichtigen ein Ersatzanspruch gegen den Dritten, der durch Vertrag mit dem Erblasser die Begräbniskosten übernommen hat, nicht zu versagen sein. Ihre Haftung wird dadurch, daß der Dritte eine solche Vertragspflicht eingegangen ist, nicht ausgeschlossen. Sie tritt natürlich nicht in Kraft, wenn tatsächlich die Vertragspflicht erfüllt wird. Verschieden von der Pflicht, die Beerdigungskosten zu tragen, ist die nach polizeilichen Rücksichten sich bestimmende Pflicht, die Beerdigung zu besorgen, welche als dem öffentlichen Recht angehörig im BGB nicht geregelt ist. *Das Maß der von dem Unterhaltspflichtigen zu tragenden Begräbniskosten* richtet sich entsprechend dem allgemeinen Grundsatze des § 1610 nach der Lebensstellung des Erblassers. Hiernach richtet sich auch, ob der Unterhaltspflichtige (Erbe) die Kosten der Errichtung eines Grabdenkmals aufzuwenden hat. Zur standesmäßigen Beerdigung kann gehören, daß die Leiche nach dem Orte, wo die andern Familienmitglieder wohnen, zurückgeschafft wird. Die Kosten der Feuerbestattung treffen den Unterhaltspflichtigen (Erben) jedenfalls soweit, als sie auch im Falle der Beerdigung (unter Hinzurechnung der Kosten einer etwa dem Verpflichteten obliegenden Rückbeförderung der Leiche nach der Heimat) entstanden wären.

Vierter Titel

Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen

1. Die **elterliche Gewalt** ist im BGB als eine **vormundschaftliche** gestaltet. Sie endet deshalb mit dem Aufhören der durch die Minderjährigkeit des Kindes bedingten Schutzbedürftigkeit (§§ 1626, 3), nicht in vollem Umfange mit der Verheiratung der noch minderjährigen Tochter (§ 1633). Der Gewalthaber kann auf die elterliche Gewalt, die nicht bloß ein Recht, sondern zugleich eine Pflicht ist, weder verzichten, noch sie einem andern übertragen. Auch die Übertragung des mit der elterlichen Gewalt verbundenen Nutznießungsrechts ist unzulässig (§ 1658, vgl. § 862 ZPO). In bezug auf die Verwaltung hat der Gewalthaber im allgemeinen die Pflichten eines Vormundes zu erfüllen (§§ 1641, 1642, 1653, 1654, wonach nur die in eigenen Angelegenheiten gewohnte Sorgfalt zu vertreten ist). Er ist jedoch insofern freier gestellt, als das Vormundschaftsgericht nicht eine fortlaufende Aufsicht zu führen, sondern nur einzuschreiten hat, wenn dies im einzelnen Falle zur Abwendung einer Gefahr für die Person oder das Vermögen des Kindes geboten ist (§§ 1666 ff.; vgl. wegen der Vermögensverzeichnungspflicht § 1640), und als die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur zu wichtigeren Rechtsgeschäften erforderlich ist (§ 1643). Die elterliche Gewalt geht durch Verwirkung (§ 1680) verloren, nicht schon dadurch, daß ihre beiden Bestandteile, die Sorge für die Person und das Vermögen, dem Gewalthaber entzogen sind. Es verbleibt ihm (abgesehen von § 1651 Abs 1 Nr 2 und § 1666 Abs 2) das Nutznießungsrecht, auch können ihm die entzogenen Rechte vom Vormundschaftsgericht wieder eingeräumt werden (§ 1671). Die Entziehung des Vertretungsrechts in den die Person und das Vermögen des Kindes betreffenden Angelegenheiten macht die Bevormundung nötig (§ 1773). Über die Rechte des Gewalthabers auf vormundschaftlichem Gebiete vgl. Vorbem 2 vor § 1773.

2. Die elterliche Gewalt steht an sich **gleichmäßig beiden Elternteilen** zu. Das Recht der Mutter tritt jedoch, abgesehen von ihrer Mitwirkung auf dem Gebiete der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes (§ 1634), erst bei Verhinderung des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt aushilfsweise (§ 1685) und beim Tode des Vaters oder im Falle der Verwirkung seiner elterlichen Gewalt, wenn in diesem Falle die Scheidung hinzugekommen ist, endgültig in Wirksamkeit (§ 1684). Die elterliche Gewalt der Mutter unterscheidet sich von der des Vaters wesentlich dadurch, daß die Bestellung eines Beistandes zulässig ist, dem auf Antrag der Mutter auch die Vermögensverwaltung übertragen werden kann (§§ 1687, 1693), und daß die elterliche Gewalt der Mutter durch Wiederverheiratung erlischt (§ 1697). Über die Rechte der geschiedenen Ehegatten hinsichtlich der Erziehung der gemeinschaftlichen Kinder ist in den §§ 1635, 1636 das Nähere bestimmt. Auf die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes (worauf sich auch die Rechte des Vaters bei geminderter Geschäftsfähigkeit und der unehelichen Mutter beschränken, §§ 1676 Abs 2, 1707) finden die für die elterliche Gewalt geltenden allgemeinen Bestimmungen entsprechende Anwendung (s. namentlich §§ 1666 ff., 1633, 1648, 1664, 1673, 1675, 1680).

3. Verschieden von dem Rechte der elterlichen Gewalt sind die Rechte, welche den Eltern als solchen (auch der unehelichen Mutter) kraft des **natürlichen Verwandtschaftsverhältnisses** zustehen. Hierzu gehört das Recht der Einwilligung zur Eheschließung, Kindesannahme und, was die uneheliche Mutter betrifft, zur Ehelichkeitserklärung des noch nicht 21jährigen Kindes (§§ 1305, 1747, 1726), der Anspruch auf Unterhalt (§ 1601), das Recht des Vaters, die Ehelichkeit des Kindes anzufechten oder anzuerkennen (§§ 1593, 1598), die Berufung als Vormund des volljährigen Kindes (§ 1899). Der Name und Stand des Vaters (nicht des gesetzlichen Vertreters) ist für den Wohnsitz usw. des ehelichen Kindes maßgebend (§§ 11, 1616), seine Staatsangehörigkeit bestimmt das nach Artt 7 ff. EG (vgl. namentlich Artt 18, 19) anzuwendende Recht. Über die aus der Angehörigkeit zum Hausstande folgenden hausherrlichen Rechte der Eltern, die ebenfalls mit dem Recht der elterlichen Gewalt nichts gemein haben, s. §§ 1617 bis 1619.

4. Die auf dem Gebiete der elterlichen Gewalt dem **Vormundschaftsgericht** obliegenden Verrichtungen werden von dem Amtsgericht wahrgenommen, in dessen Bezirk das Kind zu der Zeit des Eintritts der Fürsorgebedürftigkeit seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat (§§ 43, 36 FGG). Wegen der sonstigen Zuständigkeitsvorschriften s. Vorbem 4 vor § 1773. Soweit die Entscheidung

dem Vormundschaftsgericht zugewiesen ist (wofür Rücksichten auf das Wohl des Kindes bestimmend sind), ist seine Zuständigkeit regelmäßig eine ausschließliche (vgl. § 1635 A 2). Hinsichtlich des Verfahrens ist hervorzuheben, daß weder nach §§ 1635, 1636, noch nach §§ 1666 ff. die Bestellung eines Pflegers notwendig ist. § 1909 kommt hier nicht zur Anwendung, da es sich um eine von dem Vormundschaftsgericht, nicht um eine von dem Gewalthaber zu besorgende Angelegenheit handelt. Die Bestimmungen der §§ 1673, 1675 BGB und der §§ 12, 15, 57 Abs 1 Nr 9, 59, 63 FGG bieten auch eine ausreichende Gewähr für eine erschöpfende Ermittelung des Sachverhalts (**RG** 60, 134; 62, 132; 64, 16). Das über 14 Jahre alte Kind ist, soweit es sich um seine persönlichen Angelegenheiten handelt oder es vor der Entscheidung zu hören ist, zu Anträgen und Beschwerden berechtigt (§ 59 FGG). Die Einsicht der Akten ist einem jeden Beteiligten zu gestatten (§ 34 FGG). Ein Recht des Beschwerdeführers auf Zuziehung zur Beweisaufnahme ist dagegen nicht anzuerkennen (**RG** 63, 278). Über die Zwangsvollstreckungsgewalt des Vormundschaftsgerichts s. Vorbem 5 vor § 1773.

5. Durch die von dem Vormundschaftsgericht nach §§ 1666, 1838 beschlossene Zwangserziehung wird die Verwaltungsbehörde nicht verpflichtet, die zur Durchführung des Beschlusses erforderlichen Mittel herzugeben. Um dies zu erreichen, muß die **Fürsorgeerziehung** gemäß Art 135 EG nach näherer Bestimmung der Landesgesetze (unbeschadet der Vorschriften der §§ 55, 56 StGB) von dem Vormundschaftsgericht beschlossen werden. Die Ausführung des Beschlusses ist regelmäßig Sache der Verwaltungsbehörde (Art 135 Abs 2 EG). Das Landesgesetz kann die Fürsorgeerziehung, ohne an die Vorschriften der §§ 1666, 1838 gebunden zu sein, ganz allgemein oder unter bestimmten weiteren Voraussetzungen (z. B. Unzulänglichkeit der von dem Vormundschaftsgericht aus §§ 1666, 1838 zu treffenden Maßnahmen und der Mittel der Armenpflege) für zulässig erklären, wenn die Zwangserziehung zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens des Kindes notwendig ist.

6. Nach dem Grundsatze des Art. 19 EG, der einer Erweiterung fähig ist (vgl. Vorbem 6 vor § 1), regeln sich, was den **örtlichen Geltungsbereich** betrifft, die familienrechtlichen Verhältnisse persönlicher oder vermögensrechtlicher Art zwischen den Eltern und dem ehelichen Kinde nach dem jeweiligen Recht der Staatsangehörigkeit des Vaters. Ist dieser verstorben, so entscheidet die Staatsangehörigkeit der Mutter. Nach dem gleichen Recht bestimmt sich auch die Beendigung der elterlichen Gewalt durch Volljährigkeit des Kindes (so daß Art 7 hier nicht zur Anwendung kommt) oder Verheiratung. Der Gewalthaber darf jedoch, wenn seine elterliche Gewalt durch die Verheiratung der Tochter nach dem Heimatsrecht des Ehemannes (Art 14) aufgehört hat, nicht in Widerspruch hiermit die elterliche Gewalt für sich in Anspruch nehmen. Hinsichtlich der Zuteilung der Kinder aus geschiedener Ehe bleibt das zur Zeit der Scheidung geltende Recht auch bei einem späteren Wechsel der Staatsangehörigkeit des Vaters bestehen (a. A. Staudinger A 3b; Planck A 4 zu Art 19), unbeschadet der Befugnis des Vormundschaftsgerichts, im Interesse des Kindes eine abweichende Bestimmung zu treffen. Zum Schutze des deutschen Kindes ist endlich in Art 19 Satz 2 vorgeschrieben, daß die einmal begründete Anwendbarkeit des Deutschen Rechts durch das Erlöschen der Reichsangehörigkeit des Vaters, sofern nur dem Kinde die Reichsangehörigkeit verblieben ist, nicht wegfällt. Die von dem ausländischen Heimatsrecht ausgesprochene Rückverweisung (Art 27 EG). ist zu beachten, ebenso die Weiterverweisung. Die durch Art 23 Abs 2 EG (vgl. § 1773 A 1) dem deutschen Vormundschaftsgericht gegebene Zuständigkeit, vorläufige Maßregeln hinsichtlich eines Ausländers zu treffen, ist nicht auf eigentliche Vormundschaftssachen zu beschränken, sondern erstreckt sich auf Anordnungen, die den Schutz des minderjährigen Kindes gegen eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls bezwecken, nicht aber auf sonstige familienrechtliche Anordnungen, wie z. B. die Regelung des Verkehrs geschiedener Ehegatten ausländischer Staatsangehörigkeit mit ihrem Kinde (RJA 10, 1). Über die Unterhaltspflicht vgl. Vorbem 3 vor § 1601.

7. Übergangsvorschriften. Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern bestimmt sich seit dem 1. 1. 00 nach neuem Recht (Art 205 EG). Die nach bisherigem Recht erfolgte Beschränkung oder Entziehung des Rechts der Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes bleibt jedoch bis zu anderweiter Anordnung des Vormundschaftsgerichts — die hier trotz § 1673 die vorgängige Anhörung von Verwandten oder Verschwägerten des Kindes nicht erfordert, Bayer. ObLG 2, 81 — bestehen (Art 204 Abs 1 EG). Das Gleiche gilt für eine nach bisherigem Recht zulässige Vereinbarung über Erziehung des Kindes (**RG** 12. 7. 02 IV 135/02). Ebenso bleiben nach Maßgabe des Art 206 die Bestimmungen des früheren Rechts über die Zuteilung der tatsächlichen Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder, wenn unter diesem Recht die Ehe geschieden ist, solange in Kraft, als auch nur einer der geschiedenen Ehegatten noch am Leben ist (**RG** 62, 286). Eine nach neuem Recht nicht zulässige Entziehung der Nutznießung (vgl. § 1666 Abs 2) soll das Vormundschaftsgericht aufheben (Art 204 Abs 2 EG). Ist die väterliche Gewalt nach früherem Recht aus einem Grunde verwirkt, den das BGB nicht anerkennt, so erlangt der Vater mit Inkrafttreten des BGB die elterliche Gewalt

zurück (KGJ 19 A 51). Die elterliche Gewalt der Mutter tritt ein, wenn deren Voraussetzungen nach BGB vorliegen. Die Mutter hat deshalb gemäß § 1697 kein Recht auf die elterliche Gewalt, wenn sie vor dem Inkrafttreten des BGB sich wieder verheiratet hat, mag auch zu dieser Zeit die Ehe nicht mehr bestehen (anders für letzteren Fall **RG** 20. 12. 06 IV B 343/06). Die nach früherem Recht von dem Vater angeordnete Ausschließung der Mutter von der Vormundschaft gilt nach neuem Recht, das eine solche Ausschließung nicht kennt, als Anordnung der Bestellung eines Beistandes im Sinne des § 1687 Nr 1 (Art 205).

Vierter Titel

Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen

§ 1616

Das Kind erhält den Familiennamen des Vaters [1] [2].

E I 1497 II 1511 M 4, 712 P 4, 535.

1. Die zur Familie des Mannes gehörigen Personen, Frau und Kinder, teilen dessen **Familiennamen** und sind nach dem in den einzelnen Bundesstaaten geltenden öffentlichen Recht auch zur Führung dieses die Familienzugehörigkeit erkennbar machenden Namens verpflichtet. Die Änderung des Familiennamens ist nur mit staatlicher Genehmigung gestattet, die nach den landesgesetzlichen Vorschriften teils von der Behörde, teils von dem Landesherrn erteilt wird. Nach dem Landesrecht bestimmt es sich, ob diese Genehmigung auch zu einer bloßen den Wortklang unverändert lassenden Änderung der Schreibweise erforderlich ist (vgl. DJZ 00, 484[51]) und ob die Hinzufügung von Zusätzen erlaubt ist. Bei Findelkindern ist in Ermangelung besonderer landesrechtlicher Bestimmungen der Vormund als berechtigt anzusehen, dem Kinde vorläufig einen Namen zu geben. Das Kind teilt den Namen des Vaters, auch wenn dieser nach § 1701 nicht die aus der Vaterschaft sich ergebenden Rechte hat. Anders ist es nur, wenn die Ehe gemäß § 1699 schlechthin nichtig ist. Hat der Vater nach der Geburt des Kindes mit staatlicher Genehmigung einen andern Namen angenommen, so geht der neue Name in Ermangelung eines bei der Genehmigung gemachten Vorbehalts auch auf die minderjährigen Kinder über, die in dieser Beziehung eine Sonderstellung nicht beanspruchen können (vgl. Art 134 Württ. AG — a. A. Staudinger A 2 c; Planck A 1 b), nicht aber auf die volljährigen Kinder. An der Änderung des Namens durch Annahme an Kindes Statt nehmen — abweichend von der Legitimation durch Eheschließung und von der Ehelichkeitserklärung — die zur Zeit der Kindesannahme bereits geborenen Kinder nicht teil, falls nicht der Vertrag auch mit ihnen geschlossen ist (§§ 1722, 1737, 1762, 1772). — Was die **Vornamen** betrifft, so ist in dem Recht der Sorge für die Person des Kindes auch die Befugnis enthalten, die Vornamen zu bestimmen (die nach § 22 PStG vom 6. 2. 75 binnen 2 Monaten dem Standesbeamten anzumelden sind) und darunter den Rufnamen auszuwählen. Darüber, welche Vornamen gewählt werden dürfen und ob es zu einer Änderung der Vornamen der staatlichen Genehmigung bedarf, was dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehört, entscheidet das Landesrecht.

2. Die **Familiengemeinschaft** zeigt sich auch darin, daß die Kinder nach Maßgabe der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Landesrechts den Stand des Vaters und die minderjährigen unverheirateten Kinder nach §§ 11, 19 StAngG in der Fassung des Art 41 EG die Staatsangehörigkeit des Vaters teilen, falls nicht bei der Verleihung oder Entlassung eine Ausnahme gemacht ist. Wegen des Wohnsitzes s. § 11 A 1 und 2. Nicht abzuleiten ist aus dem Grundsatz der Familiengemeinschaft ein Recht auf Auskunftserteilung über die persönlichen Verhältnisse der andern Familienmitglieder (**RG** JW 01, 54). In dem damals entschiedenen Falle hatte ein durch nachfolgende Verheiratung der Eltern ehelich gewordenes Kind, das bisher der Familie fern gestanden hatte, auf Mitteilung der Namen, des Geburtstages und gegebenenfalls des Todestages aller ehelich erzeugten oder legitimierten Kinder gegen die Eltern Klage erhoben.

§ 1617

Das Kind ist, solange es dem elterlichen Hausstand angehört [1] und von den Eltern erzogen oder unterhalten wird [2], verpflichtet, in einer seinen Kräften

und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten[3]).

E I 1499 II 1512 M 4, 715 P 4, 535.

1. Die **Angehörigkeit zum elterlichen Hausstand** oder dem Hausstand eines Elternteils begründet gewisse hausherrliche Rechte, die von den Rechten der elterlichen Gewalt grundsätzlich verschieden sind und in den §§ 1617 bis 1619 dargestellt sind. Es macht keinen Unterschied, ob das Kind minderjährig, volljährig oder verheiratet ist. Zur Hausangehörigkeit ist erforderlich, daß das Kind in dem Hausstande den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen hat (so Dernburg IV § 71 III). Nicht unbedingt nötig ist, daß das Kind die elterliche Wohnung zugleich als Schlafstätte oder zur Einnahme sämtlicher Mahlzeiten benutzt.

2. Voraussetzung des in § 1617 behandelten Anspruchs auf Dienste ist weiter, daß das Kind **Erziehung oder Unterhalt** erhält, was bei dem nicht in elterlicher Gewalt befindlichen minderjährigen Kinde nur mit (ausdrücklicher oder stillschweigender) Zustimmung des Vormundes geschehen kann. Der Erwerb aus den Diensten gebührt demjenigen Elternteil, der die Erziehung leitet oder den Unterhalt besorgt. Nur dieser hat über die Dienste Bestimmung zu treffen. Wird die Erziehung oder der Unterhalt von beiden Eheleuten gewährt, so bestimmt sich das Recht auf die Dienste vorbehaltlich anderer Vereinbarung nach den allgemeinen Grundsätzen des ehelichen Güterrechts.

3. Nur zur **Leistung von Diensten**, nicht zu Vermögensleistungen ist das Kind verpflichtet und auch nur zur Leistung von Diensten im Hauswesen oder Geschäft der Eltern. Zu sonstigen Zwecken dürfen die Eltern die Dienste nicht benutzen. Auch können sie ihr Recht nicht einem andern übertragen. Die Dienste können immer nur insoweit gefordert werden, als sie den körperlichen und geistigen Kräften des Kindes und seiner Lebensstellung entsprechen und als die Ausbildung des Kindes nicht hierunter leidet. Gegen mißbräuchliche Ausnutzung der Arbeitskraft hat im Interesse des minderjährigen Kindes das Vormundschaftsgericht nach § 1666 einzuschreiten. Über die Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben (auch über die Beschäftigung eigener Kinder) ist das RGes vom 30. 3. 03 ergangen. Kinder unter 13 Jahren und die noch zum Besuch der Volksschule verpflichteten Kinder dürfen in gewissen Betrieben überhaupt nicht, in andern Betrieben nur während beschränkter Zeit beschäftigt werden.

§ 1618

Macht ein dem elterlichen Hausstand angehörendes[1]) **volljähriges Kind zur Bestreitung der Kosten des Haushalts aus seinem Vermögen eine Aufwendung oder überläßt es den Eltern zu diesem Zwecke etwas aus seinem Vermögen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Absicht fehlt, Ersatz zu verlangen**[2]).

E II 1513 P 4, 538 und 541.

1. Über die Hausangehörigkeit s. § 1617 A 1.

2. Verbleibt das volljährige Kind im elterlichen Hausstand, so wird regelmäßig, sofern die Eltern auf einen Zuschuß zu den Kosten des Haushalts angewiesen sind und das Kind nach seinem Verdienste einen solchen Zuschuß leisten kann, eine Vereinbarung anzunehmen sein, daß das Kind zur Zahlung eines Entgelts verpflichtet ist. Aber auch ohne solche Vereinbarung greift die Auslegungsregel Platz, daß das Kind, wenn es freiwillig einen **Beitrag zum Haushalt leistet**, sei es, daß es selbst die Kosten des Haushalts bestreitet oder daß es den Eltern zur Verwendung hierfür Vermögensgegenstände überläßt, nicht in der Absicht handelt, Ersatz zu verlangen, mithin nicht den in § 683 bestimmten Ersatzanspruch hat (vgl. die ähnliche Auslegungsregel des § 685 Abs 2). Aus besonderen Umständen, wie namentlich aus der Höhe der Aufwendung, die zu den Vorteilen des Kindes aus der Hausgemeinschaft der Eltern in keinem Verhältnis steht, wird jedoch auf die Absicht des Kindes, sich den Ersatzanspruch vorzubehalten, geschlossen werden dürfen.

§ 1619

Überläßt ein dem elterlichen Hausstand angehörendes[1]) **volljähriges Kind sein Vermögen ganz oder teilweise der Verwaltung des Vaters, so kann der Vater die Einkünfte, die er während seiner Verwaltung bezieht, nach freiem Ermessen verwenden, soweit nicht ihre Verwendung zur Bestreitung der Kosten der ordnungsmäßigen Verwaltung und zur Erfüllung solcher Ver-**

pflichtungen des Kindes erforderlich ist, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden[2]**. Das Kind kann eine abweichende Bestimmung treffen**[3]**.**

Das gleiche Recht steht der Mutter zu, wenn das Kind ihr die Verwaltung seines Vermögens überläßt[2]**.**

E II 1514 M 4, 728 P 4, 538 und 541.

1. Über die Hausangehörigkeit s. § 1617 A 1.

2. Solange sich das Kind in elterlicher Gewalt befindet, steht dem Gewalthaber die Nutznießung an dem freien Vermögen des Kindes zu. Ein ähnliches Rechtsverhältnis findet statt bezüglich des **Vermögens, das ein volljähriges Kind der Verwaltung des Vaters oder der Mutter überläßt,** was auch stillschweigend durch Nichtrückforderung des vom bisherigen Gewalthaber verwalteten Vermögens geschehen kann. Der verwaltende Elternteil erhält hierdurch das Recht, die Einkünfte nach freiem Ermessen, auch im eigenen Interesse, zu verwenden. Von dem Nutznießungsrecht unterscheidet sich dies Verfügungsrecht darin, daß die Nutzungen bis zur Verwendung im Eigentum des Kindes bleiben Dies ist namentlich für das Rechtsverhältnis dritten Personen gegenüber und für die Herausgabepflicht bei Beendigung des Verfügungsrechts von Bedeutung. Abweichend vom Nutznießungsrecht sind ferner aus dem Vermögen nicht bloß die dem Nutznießer obliegenden Lasten (§§ 1654, 1384—1386, 1388), sondern allgemein alle Verbindlichkeiten des Kindes zu bestreiten, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften bestritten werden, auch die Kosten des Unterhalts des Kindes, jedoch mit der Beschränkung, daß das Kind von dem in seiner Verwaltung gebliebenen Vermögen zu diesen Unterhaltskosten einen entsprechenden Beitrag zu leisten hat. Insoweit, als es sich um Erfüllung dieser Verpflichtungen handelt, ist der Elternteil zur ordnungsmäßigen Ziehung der Nutzungen und zur Rechnungslegung verpflichtet.

3. Die Gestaltung des Verfügungsrechts beruht auf dem **freien Willen** des Kindes, das hierüber abweichende Bestimmungen treffen, die Befugnisse des Elternteils erweitern, aber auch das Vermögen jederzeit zurückfordern kann. Werden die an sich dem Elternteil obliegenden Ausgaben (A 2) von dem Kinde gedeckt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß es dieserhalb keinen Ersatz beanspruchen will (vgl. § 1618).

§ 1620

Der Vater ist verpflichtet, einer Tochter im Falle ihrer Verheiratung zur Einrichtung des Haushalts eine angemessene Aussteuer zu gewähren[1]**, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts dazu imstande ist und nicht die Tochter ein zur Beschaffung der Aussteuer ausreichendes Vermögen hat**[2]**. Die gleiche Verpflichtung trifft die Mutter, wenn der Vater zur Gewährung der Aussteuer außerstande oder wenn er gestorben ist.**

Die Vorschriften des § 1604 und des § 1607 Abs. 2 finden entsprechende Anwendung[2]**.**

E II 1515 P 4, 317; 5, 143.

1. Abweichend von dem ersten Entwurf hat das BGB in § 1620 der sich verheiratenden Tochter — nicht dem Sohne — einen klagbaren **Anspruch auf eine angemessene Aussteuer** gegen die Eltern eingeräumt, sofern sie nicht bereits früher eine Aussteuer erhalten hat (§ 1622). Die Aussteuer umfaßt die zur Einrichtung des Haushalts gehörigen beweglichen Gegenstände einschließlich der zum persönlichen Bedarf der Tochter erforderlichen Kleidung und Wäsche. Den Eltern bleibt es überlassen, ob sie ihrer Verpflichtung durch Gewährung einer Naturalaussteuer oder durch Zahlung eines entsprechenden Geldbetrags genügen wollen. Die Tochter dagegen kann nur eine Naturalaussteuer fordern, falls nicht besondere Umstände, wie Zerwürfnis mit den Eltern, erhebliche Verschiedenheit der Wohnungs- und Lebensverhältnisse, feindselige Verweigerung der Aussteuer, das Verlangen einer Geldzahlung — worin nur eine andere Erfüllungsart, nicht ein verschiedener Anspruch zu sehen ist — gerechtfertigt erscheinen lassen (**RG** JW 06, 458[11]; 30. 5. 04 IV 481/03; Warn 09 Nr 305; JW 09 393[10]). Das Gesetz gewährt einen Anspruch auf angemessene Aussteuer und gestattet damit, daß nicht nur der Lebensstellung des Ehemannes der Tochter, sondern auch den Vermögensverhältnissen der Eltern Rechnung getragen wird, wobei auch darauf zu achten ist, daß den Eltern das zur Versorgung der übrigen Kinder erforderliche Vermögen verbleibt. Bei Beurteilung der Lebensstellung

des Ehemannes ist auch dessen berufsmäßige Ausbildung und die dadurch gewonnene Fähigkeit, eine höhere Stellung einzunehmen, mit in Betracht zu ziehen (RG JW 09, 393[10]). Für die nähere Bestimmung des Umfangs und der Beschaffenheit der Aussteuer ist nach dem allgemeinen Grundsatz des § 242 die örtliche Sitte und die Familiensitte von Bedeutung. Die Regel des § 243 Abs 1 findet keine Anwendung (a. A. Staudinger A 5c). Die Gewährleistungspflicht bestimmt sich nach den Grundsätzen über Kauf, nicht über Schenkung (a. A. Planck A 10). Liegt der in § 1620 behandelte Fall der Aussteuer nicht vor oder sind bei Gewährung der Aussteuer die Grenzen des Angemessenen überschritten, so greifen die allgemeinen Grundsätze der Ausstattung ein (vgl. § 1624 A 3, § 1625 A 1).

2. **Begrenzung der Aussteuerpflicht.** Die Aussteuerpflicht stellt sich als eine Erweiterung der Unterhaltspflicht dar und unterliegt deshalb in vielen Beziehungen den für die Unterhaltspflicht geltenden Bestimmungen. Durch die Bedürftigkeit des Berechtigten (vgl. § 1602 Abs 1) ist der Aussteueranspruch insofern bedingt, als die Tochter nur einen Anspruch hat, wenn und insoweit sie die Aussteuer aus ihrem Vermögen, mag dasselbe nun freies oder unfreies Vermögen sein, nicht beschaffen kann, wofür die Beweislast hier nicht der Tochter, sondern dem Verpflichteten zufällt. Erforderlich ist ferner die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten (§ 1603 Abs 1), wobei hinsichtlich der Einwirkung des ehelichen Güterrechts die Bestimmungen des § 1604 zur Anwendung kommen. Aussteuerpflichtig ist in erster Linie der Vater, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ihm das Nutznießungsrecht zusteht, in zweiter Linie bei Leistungsunfähigkeit des Vaters, der die Erschwerung der Rechtsverfolgung nach § 1607 Abs 2 gleichsteht, die Mutter. § 1607 Abs 2 hat auch Geltung hinsichtlich des der Mutter zustehenden Ersatzanspruchs. Beim Zusammentreffen eines Unterhalts- und Aussteueranspruchs (vgl. Zimmermann, Der gesetzliche Aussteueranspruch § 7 S 37) muß der Aussteueranspruch zurücktreten, jedenfalls dann, wenn nach den Grundsätzen des § 1609 Abs 2 dem den Unterhalt Fordernden der Vorrang zukommt. So hat das RG 10. 6. 07 IV 542/06 anerkannt, daß der Unterhaltsanspruch der geschiedenen Frau dem Aussteueranspruch der großjährigen Tochter vorgeht.

3. Der Anspruch auf Aussteuer kommt mit dem **Zeitpunkt der Eheschließung der Tochter** zur Entstehung. Dieser Zeitpunkt ist auch maßgebend für die Beurteilung der Bedürftigkeit der Tochter und der Leistungsfähigkeit der Eltern. Desgleichen kommt es für den Umfang der Aussteuer, wenn auch diese erst später gegeben wird, darauf an, was zur Zeit der Eheschließung zur Einrichtung des Haushalts erforderlich ist. Daraus, daß der Leistungsanspruch erst mit der Eheschließung entsteht, ist jedoch nicht zu folgern, daß auch auf Feststellung nicht früher geklagt werden könnte. Ein zur Erhebung der Feststellungsklage aus § 256 ZPO ausreichendes wirtschaftliches Interesse ist gegeben, wenn die Tochter verlobt ist (RG 49, 370). Auch eine Klage auf künftige Leistung ist unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO, wenn nach dem bisherigen Verhalten des Verpflichteten zu besorgen ist, daß er sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, zulässig (RG 58, 139; JW 09, 393[10])

§ 1621

Der Vater und die Mutter können die Aussteuer verweigern, wenn sich die Tochter ohne die erforderliche elterliche Einwilligung verheiratet.

Das Gleiche gilt, wenn sich die Tochter einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die den Verpflichteten berechtigt, ihr den Pflichtteil zu entziehen[1]).

E II 1516 P 4, 317.

1. Das in § 1621 Abs 2 bestimmte **Recht der Eltern, die Aussteuer zu verweigern,** steht in Einklang mit § 1611 Abs 2 (vgl. § 1611 A 2). Nur hat die Verfehlung (die einredeweise geltend zu machen ist) nicht eine bloße Beschränkung, sondern den vollständigen Verlust des Aussteueranspruchs zur Folge. Als weitere Verfehlung kommt hinzu die Verheiratung der Tochter ohne die nach §§ 1305 ff. erforderliche Einwilligung der Eltern. Es ist nicht mehr wie billig, daß den Eltern durch eine Verheiratung der Tochter, zu der sie die erforderliche Einwilligung nicht gegeben haben, keinerlei Lasten erwachsen. Wird die Einwilligung nachträglich erteilt, so kann hierin ein Verzicht auf die Einrede liegen (a. A. Staudinger A 1a). Die Verheiratung ohne die erforderliche Einwilligung berechtigt — wie die Pflichtteilsentziehungsgründe des § 2333 Nr 1, 2, 3 — nicht nur den Elternteil, dessen Einwilligung nötig war, sondern auch den andern Elternteil zur Versagung der Aussteuer. Macht der Vater von dem Recht der Versagung aus § 1621 Gebrauch, so kann nicht an seiner Stelle die Mutter zur Gewährung der Aussteuer herangezogen werden (vgl. § 1611 A 3).

§ 1622

Die Tochter kann eine Aussteuer nicht verlangen, wenn sie für eine frühere Ehe von dem Vater oder der Mutter eine Aussteuer erhalten hat[1]).

E II 1517 P 4, 317.

1. Die Tochter hat **nur einen Anspruch auf einmalige Aussteuer.** Hat sie eine angemessene Aussteuer bereits für eine frühere Ehe von dem Vater oder der Mutter erhalten, so ist sie damit wegen ihres Aussteueranspruchs auch für die spätere Ehe abgefunden. Eine zweite Aussteuer kann sie nicht verlangen. Ist es aber zu einer Eheschließung nicht gekommen, der Zweck der Aussteuer also nicht erreicht, so tritt eine Befreiung von der Aussteuerpflicht insoweit ein, als die Tochter bei Eingehung der anderen Ehe aus der früheren Zuwendung noch bereichert ist (a. A. Planck A 3). Die von einem Dritten gewährte Aussteuer wirkt auf den Aussteueranspruch der Tochter insofern ein, als hierdurch die Bedürftigkeit (§ 1620 A 2) beseitigt wird.

§ 1623

Der Anspruch auf die Aussteuer ist nicht übertragbar[1]). Er verjährt in einem Jahre von der Eingehung der Ehe an[2]).

E II 1518 P 4, 317; 6, 298.

1. Der Aussteueranspruch soll dem Zwecke, die Mittel zur Begründung des ehelichen Haushalts zu gewähren, nicht entfremdet werden dürfen. Er ist deshalb als ein höchst persönlicher Anspruch **nicht übertragbar, auch nicht pfändbar** (§ 851 Abs 1 ZPO), und kann nicht gegen ihn aufgerechnet werden (§ 394). Dagegen ist der Aussteueranspruch, sobald er durch die Eheschließung zur Entstehung gelangt ist, sowohl auf seiten des Berechtigten als des Verpflichteten vererblich. Die Unübertragbarkeit schließt nicht aus, daß der Aussteueranspruch der Frau von dem Ehemann nach den Regeln des ehelichen Güterrechts (s. §§ 1380, 1439, 1525 Abs 2) geltend gemacht werden kann.

2. Der einjährigen **Verjährung** unterliegt nur der gesetzliche Aussteueranspruch, nicht der Anspruch aus einem Aussteuerversprechen. Die Verjährung beginnt mit Eingehung der Ehe, falls nicht vereinbarungsgemäß die Aussteuer erst später fällig wird. Während der Minderjährigkeit der Tochter ist die Verjährung des Anspruchs nach § 204 gehemmt.

§ 1624

Was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird (Ausstattung)[1]), gilt, auch wenn eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung[2])[3]), als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter, entsprechende Maß übersteigt.

Die Verpflichtung des Ausstattenden zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Fehlers der Sache bestimmt sich, auch soweit die Ausstattung nicht als Schenkung gilt, nach den für die Gewährleistungspflicht des Schenkers geltenden Vorschriften.

E I 1500 Abs 1, 3 II 1519 M 4, 716 ff. P 4, 317 ff.

1. Als **Ausstattung** ist anzusehen, was einem Kinde zur Selbständigmachung oder zur Erhaltung der Selbständigkeit von den Eltern zugewandt wird, wobei es gleichgültig ist, ob die Zuwendungen tatsächlich hierzu erforderlich sind. Auf den Zeitpunkt der Zuwendung, ob sie vor oder nach der Verheiratung oder Begründung der selbständigen Lebensstellung erfolgt, kommt es nicht an (**RG** JW 06, 426[12]). Unter den Begriff der Ausstattung fällt auch, was zur Vergrößerung des Geschäfts im Sinne der Hebung der wirtschaftlichen Selbständigkeit und was einem unausgestatteten oder geringer ausgestatteten Kinde zur Gleichstellung mit der Ausstattung eines andern Kindes gegeben wird (**RG** JW 10, 237[18]). Die Ausstattung (Mitgift) — die in weiterem Sinne auch die Aussteuer mit umfaßt — ist nicht auf bewegliche Sachen beschränkt, sondern kann auch in Grundstücken, in der Gewährung einer Rente, einer freien Wohnung (**RG** 26. 3. 06 IV 479/05) usw. bestehen. Über die Ausgleichungspflichtigkeit der Ausstattung s. § 2050, der zwischen Ausstattung (Aussteuer) und Zuschüssen unterscheidet, obschon auch letztere, sofern sie nicht aus reiner Frei-

gebigkeit zu irgend welchen Zwecken gegeben sind (RG JW 10, 237[18]), eine Ausstattung im Sinne des § 1624 bilden können. Die Bestimmung des § 1623 über die Unübertragbarkeit des Aussteueranspruchs ist nicht auf den Ausstattungsanspruch auszudehnen. Die Übertragbarkeit richtet sich hier nach dem Gegenstande des Anspruchs (vgl. RG JW 07, 510[10]).

2. Die Gewährung einer Ausstattung stellt sich regelmäßig als **Schenkung** dar, deren Vorhandensein nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß es sich um Erfüllung einer sittlichen Pflicht handelt (§ 534). Ausdrücklich ist aber in § 1624 bestimmt, daß die von den Eltern herrührende Ausstattung nicht als Schenkung gelten soll, soweit sie nach den Umständen, wobei namentlich auch die Verhältnisse des auszustattenden Kindes und der übrigen Kinder in Betracht kommen, zur Zeit der Zuwendung oder des Versprechens das den Vermögensverhältnissen der Eltern entsprechende Maß nicht übersteigt. Die Ausstattungspflicht der Eltern ist damit in gewisser Weise zu einer Rechtspflicht erhoben. Das Ausstattungsversprechen bedarf zu seiner Gültigkeit nicht der für das Schenkungsversprechen vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, sondern ist formlos gültig, soweit nicht wegen seines Gegenstandes eine besondere Form eingehalten werden muß. Die Form des § 313 ist zu beobachten, wenn die Zusage auf Übereignung eines Grundstücks gerichtet ist, wodurch jedoch die Gültigkeit des wahlweise beigefügten Versprechens einer Geldzahlung nicht berührt wird (RG JW 04, 405[6]). Es bedarf der Schriftform des § 761, wenn den Gegenstand des Ausstattungsversprechens eine Leibrente bildet, für deren Begriff die Lebenslänglichkeit der Rente — die allerdings durch Nebenvereinbarungen eingeschränkt sein kann — und die Einheitlichkeit des Rentenrechts (im Gegensatz zu Einzelleistungen, die sich verschiedenartig gestalten können) wesentlich ist (RG 67, 204). Keine Anwendung finden ferner die Bestimmungen über Rückforderung einer Schenkung wegen Bedürftigkeit und Widerruf einer Schenkung wegen Undanks (§§ 519, 528 ff.), die Auslegungsregel des § 520, sowie die Bestimmungen über die auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte Haftung und die Befreiung von Verzugszinsen (§§ 521, 522). Dagegen bleibt es nach § 1624 Abs 2 bei der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Gewährleistungspflicht des Schenkers (§§ 523, 524) und auch die Anwendbarkeit der Vorschriften über Schenkung unter einer Auflage (§§ 525—527) unterliegt keinem Bedenken. Diese besondere Regelung greift nur Platz zugunsten des Kindes. Doch wird, wenn der Ausstattung versprechende Elternteil sich unmittelbar an den Ehemann oder Bräutigam der Tochter wendet, die Sache regelmäßig so liegen, daß die Zusage für die Tochter bestimmt ist und nur in deren Vertretung von dem Schwiegersohn entgegengenommen wird, so daß sich hieraus die Gültigkeit des mündlichen Versprechens ergibt (RG JW 04, 405[6]; 26. 3. 06 IV 479/05; 7. 10. 07 IV 67/07). Das mündliche Versprechen wird in entsprechender Anwendung des § 1624 Abs 1 auch dann als gültig anzusehen sein, wenn dem Schwiegersohn gegenüber die Verpflichtung zur Leistung an die Tochter gemäß § 328 Abs 1 übernommen wird (RG 67, 207). Zulässig ist es, das Ausstattungsversprechen unter einem bestimmten, ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Vorbehalt abzugeben (RG 17. 10. 07 IV 67/07). Die Pflicht zur Entrichtung der Ausstattung fällt weg, wenn der damit verbundene Zweck nicht mehr erreicht werden kann (vgl. RG 14. 11. 07 IV 182/07).

3. Übersteigt die Ausstattung das gehörige Maß oder wird sie von einem andern als den Eltern gewährt, so ist der Umstand, daß es sich um eine Ausstattung handelt, kein Hindernis, eine Schenkung anzunehmen. Ob aber in Wirklichkeit eine Schenkung vorliegt, hängt davon ab, **ob die Erfordernisse der Schenkung erfüllt sind.** Schenkung ist nicht anzunehmen, wenn Eheschließung und Mitgiftversprechen im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen oder wenn auch nur die Mitgift nach der Willensmeinung der Parteien eine Abgeltung der Lasten der Ehe sein soll, ohne welche Abgeltung die Eheleute überhaupt nicht daran denken konnten, zu heiraten (vgl. RG 62, 273; Gruch 51, 376; JW 08, 71[6], Warn 08 Nr 203; vgl. auch Neubecker, Die Mitgift S 243, welcher ein jedes die Eheschließung veranlassendes Mitgiftversprechen für klagbar ansehen will). Wird die Mitgift versprochen, um den Mann dazu zu bestimmen, die von dem Versprechenden geschwängerte Frauensperson zu heiraten, so kann hierin, falls für den Mann keine andern Beweggründe vorgelegen haben, ein die Ungültigkeit des Vertrages bewirkender Verstoß gegen die guten Sitten liegen (RG 62, 278).

§ 1625

Gewährt der Vater einem Kinde, dessen Vermögen seiner elterlichen oder vormundschaftlichen Verwaltung unterliegt, eine Ausstattung, so ist im Zweifel

anzunehmen, daß er sie aus diesem Vermögen gewährt. Diese Vorschrift findet auf die Mutter entsprechende Anwendung[1]**.**

E I 1500 Abs 2 II 1520 M 4, 720 P 4, 323.

1. Die **Auslegungsregel** des § 1625 — die auch auf die Aussteuer anzuwenden ist — ist nur für den Fall aufgestellt, daß sich das Vermögen des Kindes kraft Gesetzes in der Verwaltung des die Ausstattung gewährenden Elternteils befindet. Erhellt nicht, ob die Mittel aus dem eigenen Vermögen oder dem Kindesvermögen genommen sind oder durch Darlehnsaufnahme genommen werden sollen, so spricht die Vermutung für Verwendung des Kindesvermögens. Darüber, wem im Verhältnis der Ehegatten zueinander nach Gütergemeinschaftsrecht die Ausstattung zur Last fällt, s. §§ 1465, 1538, 1549.

II. Elterliche Gewalt

§ 1626

Das Kind steht, solange es minderjährig ist, unter elterlicher Gewalt[1]**.**

E I 1501 Abs 1 II 1521 M 4, 727 P 4, 546.

1. Der § 1626 enthält den wichtigen Grundsatz, daß es keine väterliche, sondern nur eine **elterliche Gewalt** gibt (vgl. hierüber Vorbem 2 vor § 1616), und daß die elterliche Gewalt mit der Volljährigkeit des Kindes endet, die durch Vollendung des 21. Lebensjahres oder Volljährigkeitserklärung (§§ 2 bis 5) erlangt wird. Über die Volljährigkeit hinaus kann die elterliche Gewalt nicht verlängert werden. Es kann nur durch Einrichtung einer Vermögensverwaltung (Einsetzung eines Testamentsvollstreckers) von demjenigen, der dem Kinde Vermögen zuwendet, dafür gesorgt werden, daß das Kind (unbeschadet seines etwaigen Pflichtteilsrechts) erst später in den Besitz dieses Vermögens kommt (§ 2209). Für die auf dem natürlichen Verwandtschaftsverhältnis beruhenden Rechte der Eltern besteht, abgesehen davon, daß nur ein Kind unter 21 Jahren der Einwilligung zur Eheschließung und Kindesannahme bedarf (vgl. Vorbem 3 vor § 1616), eine solche Zeitgrenze nicht. In prozessualer Beziehung ist zu bemerken, daß durch Beendigung der elterlichen Gewalt, falls zugleich das Kind prozeßfähig geworden ist, das Streitverfahren nach § 241 ZPO nicht unterbrochen wird (RG 21. 2. 03 III 406/01).

1. Elterliche Gewalt des Vaters

§ 1627

Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen[1][2]**.**

E I 1502 Nr 1 II 1522 M 4, 724 P 4, 547.

1. Die elterliche Gewalt enthält das Recht der **Fürsorge für die Person und das Vermögen des Kindes,** womit nach § 1649 auch das Nutznießungsrecht verbunden ist. Das Recht der Vertretung (§ 1630) ist in der Sorge für die Person und das Vermögen inbegriffen, und zwar derart, daß die Sorge für die Person auch das Vertretungsrecht in den die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten und die Sorge für das Vermögen die Vertretung in Vermögensangelegenheiten umfaßt; es erscheint aber, wenn auf Grund der §§ 1666 ff. dem Gewalthaber nur das Vertretungsrecht oder nur die tatsächliche Fürsorge entzogen wird oder wenn der Mutter auf Grund des § 1635 (vgl. auch §§ 1696—98 und § 1676 Abs 2) die tatsächliche Fürsorge für die Person zusteht, als ein besonderes Recht. Das Vertretungsrecht ist für die elterliche Gewalt derart wesentlich, daß sein völliges Fehlen die Einleitung der Vormundschaft nötig macht (§ 1773).

2. Die Fürsorge ist nicht bloß ein Recht, sondern auch eine **Pflicht.** Ein Verzicht auf die Verwaltung des Kindesvermögens ist unzulässig. Auch auf Rechnungslegung kann der Gewalthaber nicht verzichten. Doch gilt der Verzicht auf Rechnungslegung solange, als tatsächlich die Verwaltung dem andern belassen ist (RG 2. 4. 06 IV 489/05).

§ 1628

Das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen, erstreckt sich nicht auf Angelegenheiten des Kindes, für die ein Pfleger bestellt ist[1]).

E I 1503, 1650 II 1523 M 4, 740 P 4, 557.

1. Das Recht der Fürsorge und das Vertretungsrecht ist für diejenigen Angelegenheiten ausgeschlossen, für die ein **Pfleger** bestellt ist (§§ 1909 Abs 1 und 3, 1638, 1665, 1666, 1667, 1669, 1670) und zwar tritt die Ausschließung mit der Bestellung des Pflegers ein und bleibt solange in Kraft, bis die Pflegschaft aufgehoben ist, ohne Unterschied, ob die Pflegschaft mit Recht angeordnet ist oder nicht (vgl. § 1774 A 2). Anlaß zur Bestellung eines Pflegers ist auch dann vorhanden, wenn in der fraglichen Angelegenheit ein wesentlicher Interessengegensatz zwischen dem Gewalthaber und dem Kinde besteht. Der Gewalthaber ist nach § 1909 Abs 2 anzeigepflichtig, wenn ein Fall eintritt, in dem die Bestellung eines Pflegers nötig wird.

§ 1629

Steht die Sorge für die Person oder die Sorge für das Vermögen des Kindes einem Pfleger zu, so entscheidet bei einer Meinungsverschiedenheit[1]) zwischen dem Vater und dem Pfleger über die Vornahme einer sowohl die Person als das Vermögen des Kindes betreffenden Handlung das Vormundschaftsgericht[1])[2]).

E I 1503, 1653 II 1524 M 4, 741 P 4, 558.

1. **Können der Gewalthaber und der** für die Person oder das Vermögen des Kindes bestellte **Pfleger** (vgl. § 1628 A 1) bei einer den beiderseitigen Wirkungskreis berührenden Angelegenheit **sich nicht einigen,** so würde, wenn nicht das V o r m u n d s c h a f t s g e r i c h t die Macht hätte, den Streit zu entscheiden, die betreffende Maßregel, was oft zum Schaden des Kindes sein würde, unterbleiben müssen. Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts kann nur dahin ergehen, daß es einer Ansicht ganz oder teilweise beitritt, wogegen der Überstimmte, dessen Zustimmung vom Vormundschaftsgericht ersetzt wird, sofortige Beschwerde einlegen kann (§§ 53 Abs 1, 60 Abs 1 Nr 6 FGG). Eine dritte Ansicht, die weder die Zustimmung des Gewalthabers noch des Pflegers findet, kann das Vormundschaftsgericht hierbei nicht vertreten (a. A. Blume A 3), unbeschadet seiner Befugnis, wenn es beide Ansichten und auch das Unterbleiben einer jeden Maßregel für das Wohl des Kindes als nachteilig erachtet, aus §§ 1666 ff. einzuschreiten. Durch § 1629 wird das Vormundschaftsgericht genötigt, auch über reine Zweckmäßigkeitsfragen, wie über die Höhe des für die Person des Kindes zu bestreitenden Aufwandes, welche Frage sowohl die Erziehung wie die Vermögensverwaltung berührt, Entscheidung zu treffen.

2. Der Grundsatz des § 1629 hat **entsprechende Anwendung** zu finden, wenn die Sorge für Person und Vermögen nicht zwischen Gewalthaber und Pfleger, sondern zwischen andern Personen — Gewalthaber und Mutter gemäß §§ 1635 und 1637, Mutter und Vormund gemäß §§ 1696, 1697 und 1707, Vater und Vormund gemäß § 1676 Abs 2 — geteilt ist (RJA 8, 9). Die Anwendung ist auch auf den Fall zu erstrecken, daß der lediglich auf vermögensrechtlichem Gebiete liegende Meinungsstreit sowohl den Wirkungskreis des Gewalthabers als des für bestimmte Vermögensangelegenheiten bestellten Pflegers berührt (a. A. Staudinger A 4).

§ 1630

Die Sorge für die Person und das Vermögen umfaßt die Vertretung des Kindes[1]).

Die Vertretung steht dem Vater insoweit nicht zu, als nach § 1795 ein Vormund von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen ist. Das Vormundschaftsgericht kann dem Vater nach § 1796 die Vertretung entziehen[2]).

E I 1503, 1649 und 1651 II 1525 M 4, 740 P 4, 548 und 557.

1. Über das Vertretungsrecht im allgemeinen s. § 1627 A 1. Der **Inhaber der elterlichen Gewalt ist der gesetzliche Vertreter des Kindes** bei Vornahme von Rechtshandlungen privater oder öffentlicher Natur, zu welchen letzteren auch die prozessualen Handlungen gehören. Als gesetzlicher Vertreter ist der Gewalthaber auch befugt, Willenserklärungen sowie Anordnungen der Behörde für das Kind entgegenzunehmen. Bei höchstpersönlichen Rechtshandlungen, wie Eheschließung und Einwilligung hierzu, Wahrnehmung der persönlichen

Angelegenheiten des Familienrechts, Antrag auf Ehelichkeitserklärung und Einwilligung hierzu, Annahme an Kindes Statt, Errichtung oder Aufhebung einer letztwilligen Verfügung, ist natürlich eine Vertretung ausgeschlossen. Ausnahmsweise ist die Vertretung des geschäftsunfähigen Kindes trotz Vorliegens einer höchstpersönlichen Rechtshandlung, um die Vornahme der im einzelnen Falle gebotenen Rechtshandlung nicht unmöglich zu machen, zugelassen bei Scheidung oder Anfechtung der Ehe (§ 612 Abs 2 ZPO, § 1336 Abs 2), Anfechtung der Ehelichkeit (§ 1595 Abs 2), Einwilligung des unehelichen Kindes zur Ehelichkeitserklärung, Anfechtung und Bestätigung dieser Erklärung (§§ 1728 Abs 2, 1731), Eingehung des Annahmevertrags durch das unmündige Kind, Anfechtung, Bestätigung und Aufhebung (§§ 1750 Abs 1, 1755, 1770), Anfechtung des Erbvertrags (§ 2282 Abs 2), immer aber nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die Vertretung des geschäftsunfähigen Kindes findet in der Weise statt, daß der Gewalthaber (gesetzliche Vertreter) für das Kind in Ersetzung seines Willens handelt. Diese Ersetzung ist mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei der Ehelichkeitserklärung und der Annahme an Kindes Statt auch zulässig für das unter 14 Jahr alte Kind (§§ 1728 Abs 2, 1731, 1750 Abs 1, 1755, 1770). Die Vertretung des beschränkt geschäftsfähigen Kindes kann ferner in der Weise vor sich gehen, daß sein Wille durch Genehmigung der Willenserklärung ergänzt wird. Nur diese letztere Form der Vertretung ist statthaft bei Verträgen, durch welche die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart oder aufgehoben wird (§ 1437), bei dem Antrage auf Ehelichkeitserklärung, der Einwilligung des Kindes hierzu, der Anfechtung und Bestätigung dieser Erklärungen (§§ 1729 Abs 1 und 2, 1731), bei der Eingehung eines Annahmevertrags, Anfechtung, Bestätigung und Aufhebung (§§ 1751, 1755, 1770), sowie bei Eingehung eines Erbvertrags mit dem Ehegatten (§ 2275 Abs 2). Im übrigen gilt der beschränkt Geschäftsfähige für persönliche Angelegenheiten des Familienrechts als unbeschränkt geschäftsfähig, sodaß es der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht bedarf. So bei Ausübung des ehemännlichen Rechts in bezug auf die eheliche Lebensgemeinschaft (vgl. § 1358 Abs 3), Ausübung des Rechts der Sorge für die Person des Kindes, Anfechtung und Anerkennung der Ehelichkeit (§§ 1595 Abs 1, 1598 Abs 3), elterliche Einwilligung zur Eheschließung und Kindesannahme (§§ 1307, 1748 Abs 2), Einwilligung der Mutter und des Ehegatten zur Ehelichkeitserklärung, des Ehegatten zur Kindesannahme (§§ 1729 Abs 3, 1748 Abs 2). In Strafsachen ist der beschränkt Geschäftsfähige selbständig, neben dem gesetzlichen Vertreter, zur Bestellung eines Verteidigers und Einlegung eines Rechtsmittels berechtigt (§§ 137, 340 StPO), zur Stellung eines Strafantrags nur bei Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 65 StGB). — Über den Besitz des Gewalthabers vgl. § 1793 A 2.

2. Über die **Beschränkungen der Vertretungsmacht des Gewalthabers** s. § 1795 A 1 bis 3 und § 1796 A 1. Nach der in § 1630 für anwendbar erklärten Bestimmung des § 1795 unterliegt die Vertretungsmacht der Beschränkung des § 181, daß der Gewalthaber in seiner Eigenschaft als Vertreter des Kindes nicht mit sich selbst ein Rechtsgeschäft vornehmen kann, mag er nun hierbei persönlich oder als Vertreter eines Dritten (gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter) beteiligt sein. Schenkungen, die der Gewalthaber dem Kinde macht, kann er nicht in Vertretung des geschäftsunfähigen Kindes annehmen. Die Vertretungsbeschränkung erstreckt sich auf Rechtshandlungen jeder Art, auch auf die Empfangnahme von Erklärungen und auf die Führung von Rechtsstreitigkeiten. Ausgenommen sind nur die Erfüllungsgeschäfte. Mit der gleichen Ausnahme ist die Vertretungsbefugnis des Gewalthabers kraft Gesetzes ausgeschlossen in den in § 1795 unter Nr 1 bis 3 bezeichneten Angelegenheiten und kraft Anordnung des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1796 in den Angelegenheiten, für die ihm das Vormundschaftsgericht, mag nun ein Pfleger bestellt sein oder nicht, die Vertretungsbefugnis entzogen hat. Auch durch Bestellung eines Pflegers kann die Vertretungsbefugnis eingeschränkt werden (§ 1628). Über die Befugnis des Gewalthabers, das Kind zu sich in die Lehre zu nehmen, s. § 1631 A 1.

§ 1631

Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen[1])[2]).

Der Vater kann kraft des Erziehungsrechts angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anwenden. Auf seinen Antrag hat das Vormundschaftsgericht ihn durch Anwendung geeigneter Zuchtmittel zu unterstützen[3]).

E I 1504 II 1526 M 4, 750 P 4, 548.

1. Die **Sorge für die Person des Kindes** gewährt das Recht, über die persönlichen Angelegenheiten des Kindes, seinen Aufenthalt, seine Beschäftigung, körperliche und geistige

Ausbildung Bestimmung zu treffen. Zu dem Bereich der Fürsorge für die Person gehört auch der Antrag auf Volljährigkeitserklärung (§ 56 Abs 1 FGG), der Antrag auf Entmündigung oder Wiederaufhebung der Entmündigung und die Vertretung im Entmündigungsverfahren (§§ 646 Abs 1, 653 Abs 1, 660, 664 Abs 2, 675 usw.), die Begründung des Wohnsitzes (vgl. § 8 A 1), die Vertretung des geschäftsunfähigen Kindes in den persönlichen Angelegenheiten des Familienrechts (vgl. § 1630 A 1), die Zustimmung zu dem Abschluß von Dienst- und Arbeitsverträgen, der Antrag auf Entlassung aus der Staatsangehörigkeit (§ 14 a Ges. v. 1. 6. 10 in der Fassung des Art 41 EG) und dergl. Zu dem Antrage auf Todeserklärung (§ 962 ZPO) ist der nur mit der Vermögensverwaltung befaßte Abwesenheitspfleger berechtigt. Die Abgrenzung der aus der Sorge für die Person des Kindes folgenden Befugnisse ist wichtig für die Fälle, in denen die Fürsorge für die Person und das Vermögen sich nicht in einer Hand befindet (vgl. §§ 1635, 1638, 1647, 1666 ff.). Das Recht über die persönlichen Angelegenheiten des Kindes zu bestimmen, fällt mit der Erziehung, die dem Zwecke der körperlichen, geistigen und sittlichen Ausbildung des Kindes, der allgemeinen Ausbildung und der Ausbildung zu dem vom Gewalthaber gewählten besonderen Berufe dient, nicht vollständig zusammen. Auch wenn die Erziehung bereits vor der Volljährigkeit abgeschlossen ist, dauert die Fürsorge für die Person fort, die dann allerdings entsprechend der größeren Selbständigkeit des Kindes einen beschränkteren Umfang hat. Kraft des Erziehungsrechts darf der Gewalthaber, wenn schon er nicht mit sich selbst einen Vertrag schließen kann, das Kind als Lehrling in seinem Gewerbe annehmen. Er hat solchenfalls die gleichen Pflichten zu erfüllen, als wenn ein schriftlicher Lehrvertrag abgeschlossen wäre (a. A. Staudinger A 2 c; Blume A 3 d). In der Ausübung der Erziehungsgewalt ist der Gewalthaber mannigfach dadurch beschränkt, daß öffentlich-rechtliche Bestimmungen eingreifen, wie die Bestimmungen über Schulzwang, über Impfzwang (RG v. 8. 4. 74), Verbot oder doch Beschränkung der Kinderarbeit für den Gewerbebetrieb im Umherziehen (GewO §§ 60b Abs 3, 62 Abs 3), für Fabriken (GewO §§ 135—139a hinsichtlich der Kinder und der zwischen 14 und 16 Jahren alten jungen Leute) und für sonstige gewerbliche Betriebe (RGes v. 30. 3. 03, vgl. hierüber § 1617 A 3). — Hinsichtlich der religiösen Erziehung sind durch Art 134 EG die Landesgesetze aufrecht erhalten, die übrigens regelmäßig nur für den Fall Bestimmungen treffen, daß die Ehegatten einem verschiedenen christlichen Bekenntnis angehören. Diese Bestimmungen können auf die Ehe zwischen Christen und Nichtchristen, was namentlich die Bedeutung der Taufe betrifft, nur sinngemäß Anwendung finden (KGJ 32 A 58). Vgl. über das in den verschiedenen Bundesstaaten geltende Recht Güttler, Die religiöse Kindererziehung im Deutschen Reiche, und Geiger, Die religiöse Erziehung der Kinder im Deutschen Reiche. Die Ausübung der nach diesen Bestimmungen dem Elternteil zustehenden Wahl des religiösen Bekenntnisses kann im einzelnen Falle ein Mißbrauch sein, der das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts rechtfertigt (KGJ 28 A 12). Durch rücksichtslose Ausübung der Entscheidung kann ferner nach RG JW 06, 21[21] der Vater (der in dem damals entschiedenen Falle wiederholt evangelische Kindererziehung versprochen hatte) der Frau gegenüber ein Unrecht begehen, das diese zur Verweigerung der Rückkehr berechtigt. Die Befolgung der landesrechtlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder aus Mischehen kann übrigens von dem Vormundschaftsgericht erzwungen werden, ohne daß die besonderen Voraussetzungen des § 1666 Abs 1 vorzuliegen brauchen (KGJ 37 A 78).

2. Auf das Recht der Sorge für die Person des Kindes (vgl. Vorbem 1 vor § 1616) kann der Gewalthaber **nicht verzichten.** Es sind deshalb auch Verträge der Ehegatten über die Erziehung — soweit sie nicht betreffs der religiösen Erziehung landesrechtlich gestattet sind — nicht bindend, auch nicht die für den Scheidungsfall geschlossenen Verträge (RG 60 266; JW 03 Beil 82[100]; Gruch 50, 999; 5. 11. 08 IV 66/08). Nur die Ausübung der Erziehungsgewalt kann der Gewalthaber einem andern überlassen, unbeschadet der Befugnis, das Kind jederzeit zurückzunehmen, womit ihm indes nicht die Befugnis eingeräumt ist, die gültig eingegangenen Lehr- und Dienstverträge willkürlich aufzulösen (bestr. — vgl. André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder). Ist das Erziehungsrecht gegen Entgelt abgetreten, so kann die Rückgabe des Kindes nicht von Erstattung des Geldes abhängig gemacht werden. Die Sorge für die Person des Kindes ist zugleich eine Pflicht des Gewalthabers (Fürsorgeberechtigten). Die schuldhafte Nichterfüllung der Aufsichtspflicht macht ihn, ohne daß die Haftung auf die in eigenen Angelegenheiten gewohnte Sorgfalt sich beschränkt (vgl. § 1664), Dritten gegenüber nach Maßgabe des § 832 verantwortlich (RG JW 05, 21[21]). Als Vernachlässigung der Aufsichtspflicht ist es auch anzusehen, wenn der Gewalthaber es an der gehörigen erzieherischen Einwirkung und Zurechtweisung des Kindes fehlen läßt. Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Eltern, die es unterlassen haben, ihr Kind von strafbaren Handlungen abzuhalten, vgl. § 361 Nr 4 StGB, § 153 Abs 1 Nr 3 Vereinszollges. v. 1. 7. 69. Über das Zuchtrecht des Lehrherrn s. §§ 127a, 127b GewO.

3. Die kraft der Sorge für die Person des Kindes getroffenen Anordnungen kann der Gewalthaber mittels Eigenmacht, durch Anwendung unmittelbaren Zwanges gegen das Kind durchsetzen. Zu erzieherischen Zwecken ist ihm ferner die Anwendung **angemessener Zuchtmittel** innerhalb der durch die Rücksichtnahme auf die Gesundheit und Bildung des Kindes bestimmten Grenzen gestattet. Gegen einen Mißbrauch des Erziehungsrechts hat das Vormundschaftsgericht dem Kinde nach § 1666 Schutz zu gewähren. Bei Ausübung der Erziehungsgewalt hat das Vormundschaftsgericht den Gewalthaber auf dessen (jederzeit widerruflichen) Antrag nötigenfalls durch Anwendung geeigneter Zuchtmittel zu unterstützen. Als solche Mittel kommen namentlich die gerichtliche Verwarnung des Kindes und die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt (vgl. KGJ 22 A 39) in Betracht. Über Fürsorgeerziehung s. Vorbem 5 vor § 1616.

§ 1632

Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Vater widerrechtlich vorenthält[1][2].

E I 1505 Abs 1 II 1527 M 4, 753 P 4, 549.

1. Die **Klage auf Herausgabe des Kindes,** bei der es sich nicht um die Vertretung des Kindes, sondern darum handelt, Dritten gegenüber das Recht der Sorge für die Person des Kindes zu verwirklichen, ist mit der Eigentumsklage vergleichbar, von der sie aber darin abweicht, daß jeder, der durch sein tatsächliches Verhalten den Gewalthaber an Erlangung der Gewalt über das Kind hindert, der Klage aus § 1632 ausgesetzt ist. Er braucht zwar das Kind dem Kläger nicht zu übergeben, hat aber, soviel an ihm ist, eine solche Lage zu schaffen, daß diesem die Wegnahme des Kindes ohne wesentliche Erschwerung möglich ist. Wendet der Beklagte ein, daß die Vorenthaltung aus besonderem Grunde, wegen einer von dem Vormundschaftsgericht oder dem Prozeßgericht getroffenen Anordnung, wegen eines rechtsgültig fortbestehenden Dienst- oder Arbeitsvertrags (vgl. § 1631 A 2) oder wegen Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung nicht rechtswidrig sei, so ist er hierfür beweispflichtig. Das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit oder ein Verschulden des Beklagten ist nicht Voraussetzung der Klage. Mit einer gewissen Abweichung gelten diese Grundsätze auch für den Anspruch des Vaters auf Herausgabe des Kindes gegen die Mutter (s. § 1634 A 2). Ist der Beklagte zur Herausgabe verurteilt, so erfolgt die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der für die Herausgabe von Sachen in § 883 ZPO gegebenen Vorschriften (vgl. § 1636 A 2).

2. Zur Wiedererlangung des Kindes kann nötigenfalls polizeiliche Hilfe in Anspruch genommen werden. Entsteht Streit über die Rechtmäßigkeit des Herausgabeverlangens, so gebührt die Entscheidung den **Gerichten.** Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist gerechtfertigt, wenn z. B. das feindselige Verhältnis zwischen den Parteien so groß ist, daß die Vereitelung des Herausgabeanspruchs oder der Versuch der Vereitelung zu besorgen ist (RG 13. 12. 00 IV 261/00). Es kann auch auf Feststellung geklagt werden, daß der beklagte Ehegatte nicht berechtigt ist, dem Kläger das Kind vorzuenthalten, wenn dieser gewärtig sein muß, daß der Beklagte ihm das Kind entzieht (RG 1. 5. 02 IV 37/02). Über den strafrechtlichen Schutz der elterlichen Gewalt s. § 235 StGB.

§ 1633

Ist eine Tochter verheiratet, so beschränkt sich die Sorge für ihre Person auf die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten[1]).

E I 1509 II 1528 M 4, 758 P 4, 565.

1. Durch die **Verheiratung der minderjährigen Tochter** verliert der Gewalthaber — für die Dauer der Ehe (a. A. Blume A 5) — das Recht der tatsächlichen Fürsorge für die Person, da die Ausübung dieser Fürsorge mit dem Recht des Ehemanns unverträglich sein würde. Die Verwaltung des Vermögens steht ihm nur insoweit zu, als sie nicht nach dem für die Ehe geltenden Güterrecht dem Ehemann zukommt. Der Verlust des Nutznießungsrechts, und zwar der dauernde Verlust, tritt nur ein, wenn die Ehe mit der erforderlichen elterlichen Einwilligung geschlossen ist (§ 1661). Eine Verheiratung des minderjährigen Sohnes, die nach § 1303 nicht zugelassen werden soll, würde, wenn sie gleichwohl vorkommen würde, den Fortbestand der elterlichen Gewalt nicht berühren.

§ 1634

Neben dem Vater hat während der Dauer der Ehe die Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen; zur Vertretung des

Kindes ist sie nicht berechtigt, unbeschadet der Vorschrift des § 1685 Abs. 1. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern geht die Meinung des Vaters vor[1])[2]).

E I 1506 II 1529 M 4, 754 P 4, 549.

1. **Recht der Mutter.** An der Ausübung der elterlichen Gewalt nimmt die Mutter während bestehender Ehe insofern teil, als ihr ebenso wie dem Vater die tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes gebührt. Die Frau kann von dem Manne verlangen, daß ihr eine diesem Recht entsprechende Einwirkung auf das Kind gestattet, der Aufenthalt des Kindes ihr nicht verheimlicht wird. Es ist dies ein im Klagewege verfolgbarer Anspruch, der ihr nicht um des Kindes willen, sondern um ihrer selbst willen gegen den Ehemann zusteht und der deshalb im Prozeßwege verfolgt werden kann. Rücksichten auf das Wohl des Kindes können allerdings dem Manne gebieten, den Verkehr der Mutter mit dem Kinde zu beschränken oder zeitweise auszuschließen (vgl. § 1634 A 2, § 1636 A 1). Eine von dem Vormundschaftsrichter im Interesse des Kindes gemäß §§ 1666 getroffene Anordnung ist für den Prozeßrichter bindend. Das Fürsorgerecht der Mutter steht, soweit diese nicht nach § 1685 ein festes Recht zur Vertretung des Vaters hat, dem Recht des Vaters — nicht dem Recht des Beistandes, §§ 1689, 1707 Satz 3 — insofern nach, als bei Meinungsverschiedenheiten die Meinung des Vaters entscheidet. Der Mutter bleibt nur übrig, falls sie durch die Entscheidung das Wohl des Kindes für gefährdet erachtet, das Vormundschaftsgericht anzurufen und sie kann sich im Falle des Notstandes bis zu diesem Zeitpunkte der Meinung des Vaters widersetzen. Gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts steht ihr nach § 57 Nr 9 FGG die Beschwerde zu (**RG** 56, 129).

2. Die Ehefrau hat, da auch hinsichtlich der Bestimmung des Aufenthalts die Meinung des Mannes vorgeht, an sich nicht das Recht, solange nicht eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ergangen ist (vgl. A 1), die **Herausgabe des Kindes an den Mann** zu verweigern. Fraglich ist, ob der Einwand aus § 1354 Abs 2, daß die Entscheidung des Mannes sich als Mißbrauch seines Rechts darstelle, auf Gründe gestützt werden kann, die nicht dem Rechtsverhältnis der Ehegatten zueinander, sondern dem Recht der Fürsorge für das Kind entstammen. Jedenfalls kann die Ehefrau einwenden, daß der Mann, der die Herausgabe des Kindes verlangt, um auf die die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft mit Grund verweigernde Frau einen unberechtigten Druck auszuüben, hierbei überhaupt nicht in Ausübung des Rechts für die Person des Kindes handelt (**RG** 55, 419; JW 07, 6[6]; 5. 11. 08 IV 66/08). In einem solchen Falle kann die Frau sogar, wenn der Mann ihr das Kind vorenthält, ihrerseits auf Herausgabe klagen (**RG** Warn 08 Nr 222). Handelt es sich nur darum, die Art und Weise des Verkehrs zwischen der mit Recht von dem Manne getrennt lebenden Frau und und dem Kinde zu bestimmen, so hat hierüber, wie das **RG** 69, 94 in ausdehnender Auslegung des § 1636 Abs 2 angenommen hat, ausschließlich das Vormundschaftsgericht zu befinden (vgl. § 1636 A 1). Über das Verhältnis der Klage auf Herausgabe des Kindes zu der einstweiligen Verfügung des Eherichters (§ 627 ZPO) s. § 1635 A 2 a. E.

§ 1635

Ist die Ehe aus einem der in den §§ 1565 bis 1568 bestimmten Gründe geschieden, so steht, solange die geschiedenen Ehegatten leben, die Sorge für die Person des Kindes, wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, dem anderen Ehegatten zu; sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Sorge für einen Sohn unter sechs Jahren oder für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn, der über sechs Jahre alt ist, dem Vater zu[1]). Das Vormundschaftsgericht[2]) kann eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist; es kann die Anordnung aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist.

Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt[3]).

E I 1456 II 1479 M 4, 622 P 4, 440, 660; 6, 294.

1. **Ist die Ehe geschieden,** so kann nicht wie bei bestehender Ehe die tatsächliche Fürsorge für die Person der Kinder von den beiden Eheleuten gemeinschaftlich ausgeübt werden. Es bedarf deshalb der Bestimmung, welchem Ehegatten die tatsächliche Fürsorge zufällt, während der andere Ehegatte auf das Recht des Verkehrs mit dem Kinde (§ 1636) beschränkt ist. In erster Linie kommt es darauf an, wer in dem Scheidungsurteil (auch wenn der Ausspruch nur in den Gründen sich findet, RJA 8, 6) für schuldig erklärt wird. Dieser verliert zugunsten des andern Ehegatten das Recht der Fürsorge. Sind beide Teile für schuldig

erklärt, so fallen die Kinder bis zur Vollendung des 6. Jahres und die Töchter der Mutter, die über 6 Jahre alten Söhne dem Vater zu. Der § 1635 findet keine Anwendung, wenn die Ehe wegen Geisteskrankheit aus § 1569 geschieden ist, in welchem Falle eine Schuldigerklärung nicht stattfinden kann. Bei Scheidung wegen Geisteskrankheit der Frau behält der Mann das Fürsorgerecht im vollen Umfange. Bei Scheidung wegen Geisteskrankheit des Mannes wird § 1685 Abs 2 anwendbar, wonach die Ausübung der elterlichen Gewalt der Mutter übertragen werden kann. Für die Anwendung des § 1635 ist ferner kein Raum, wenn der eine Elternteil die elterliche Gewalt und damit auch das Recht der Sorge für die Person des Kindes verwirkt hat (vgl. 1680, 1684 Abs 1 Nr 2 — a. A. Staudinger A 4). Ist dagegen dem einen Elternteil die Sorge für die Person auf Grund des § 1666 entzogen, so bleibt diese Anordnung einschließlich der Bestellung eines Pflegers für den Fall in Kraft, daß jenem Elternteil nach § 1635 die Fürsorge zufällt, unbeschadet der Befugnis des Vormundschaftsgerichts, gemäß § 1635 Abs 1 Satz 2 über die Zuweisung eine andere Bestimmung zu treffen (bestr.). Die in § 1635 bestimmte Regelung gilt nur solange, als beide Eheleute am Leben sind. Mit dem Tode eines Ehegatten kommt sie in Wegfall.

2. Das **Vormundschaftsgericht**, dem der Ehescheidungsrichter gemäß § 630 ZPO bei Vorhandensein eines minderjährigen Kindes von dem rechtskräftigen Scheidungsurteil Mitteilung zu machen hat, ist befugt, eine von der gesetzlichen Regel **abweichende Anordnung** über die Zuweisung zu treffen, falls es dies zum Wohle des Kindes für geboten erachtet, ohne daß die Voraussetzungen des § 1666 vorzuliegen brauchen. Die Entscheidung hierüber gebührt ausschließlich dem Vormundschaftsgericht. Die von diesem erlassene Anordnung ist für den Prozeßrichter, der über Streitigkeiten der Ehegatten zu entscheiden hat, bindend. Die Anordnung des Vormundschaftsgerichts ist von dem Prozeßrichter auch dann zu beachten, wenn das Vormundschaftsgericht vor der endgültigen Entscheidung eine vorläufige Anordnung getroffen hat (RG JW 10, 113[17]). Dadurch, daß über das Recht der persönlichen Fürsorge bereits ein Rechtsstreit anhängig ist, wird das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts nicht ausgeschlossen (RG 63, 275). Anderseits wird durch das Einschreiten des Vormundschaftsrichters das Prozeßverfahren nicht aufgehalten. Die Aussetzung des Prozeßverfahrens bis zur Entscheidung des Vormundschaftsgerichts kann, da bis zu diesem Zeitpunkte der Kläger schutzlos bleiben würde, nicht verlangt werden (RG JW 07, 6[6]). Darüber, daß im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren ein Pfleger nicht bestellt zu werden braucht, s. Vorbem 4 vor § 1616. Von dem Ehescheidungsrichter kann eine Entscheidung über die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder durch einstweilige Verfügung (§§ 627, 940 ZPO) nur für die Dauer des Scheidungsprozesses erlassen werden. Es ist hierbei ebenfalls in erster Linie auf das Wohl der Kinder Rücksicht zu nehmen (RG 30. 11. 08 IV 530/08). Ist die Sachlage in dem Scheidungsprozesse eine solche, daß der Ausgang des Prozesses vorausgesehen werden kann, so kann es sich rechtfertigen, die dem § 1635 entsprechende Zuweisung, um einen für die Erziehung unzuträglichen Wechsel des Aufenthalts zu vermeiden, schon jetzt eintreten zu lassen. Diese Rücksicht kann auch, wenn der Ausgang des Prozesses ungewiß ist, dahin führen, das Kind vorläufig bei dem Elternteile, bei dem es mit früherem Einverständnis des andern Elternteiles sich befindet, zu belassen (RG 1. 7. 07 IV 36/07). Auch die Notwendigkeit der mütterlichen Pflege kann für die Zuweisung ausschlaggebend sein. Durch den Erlaß der einstweiligen Verfügung wird eine Klage auf Herausgabe des Kindes, die ihre Bedeutung auch über die Dauer des Scheidungsprozesses hinaus behält, nicht ausgeschlossen. Solange aber die einstweilige Verfügung zu Recht besteht, kann dem Klageantrage nicht stattgegeben werden (RG 21. 10. 07 IV 394/07). Umgekehrt steht auch die Anhängigkeit der Klage auf Herausgabe dem nicht entgegen, daß über die Zuweisung des Kindes durch einstweilige Verfügung des Eherichters entschieden wird (RG 2. 5. 07 IV 56/07).

3. Zur **Vertretung des Kindes** (vgl. § 1630 A 1) gehört auch die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs. Richtet sich dieser Anspruch gegen den Vater, so ist dem Kinde nach § 1909 ein Pfleger zu bestellen. Die Mutter ist als solche (abgesehen von der nach § 627 ZPO zulässigen Regelung des Unterhalts durch einstweilige Verfügung des Eherichters) zur Einklagung des Unterhaltsanspruchs nicht befugt (RG 4. 6. 09 IV 519/08).

§ 1636

Der Ehegatte, dem nach § 1635 die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, behält die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren[1]). Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln[2]).

E I 1457 II 1480 M 4, 628 P 4, 449.

1. Die Befugnis zum **persönlichen Verkehr mit dem Kinde** stellt sich als ein Recht der elterlichen Gewalt, nicht als ein auf dem bloßen Verwandtschaftsverhältnis beruhendes Recht dar (RG 64, 50). Dem Elternteil soll die Möglichkeit nicht entzogen werden, sich selbst von dem

leiblichen und geistigen Wohle des Kindes zu überzeugen, um nötigenfalls durch Stellung entsprechender Anträge auf die Förderung des Wohles hinwirken zu können. Die nähere Regelung des Verkehrs steht — abgesehen von der in § 627 ZPO dem Eherichter nachgelassenen einstweiligen Verfügung — ausschließlich dem Vormundschaftsgericht zu (RG 63, 238; 69, 97). Die Regelung des Verkehrs ist auch dann Sache des Vormundschaftsgerichts, wenn die Ehegatten, ohne daß ein Scheidungsverfahren anhängig zu sein braucht, tatsächlich getrennt leben (RG 69, 94 — vgl. Blume in SeuffA 72, 95 ff., der § 1636 ganz allgemein für anwendbar hält, wenn aus irgend einem Grunde ein Ehegatte von der Erziehung des Kindes ausgeschlossen ist). Die Bestimmungen sind so zu treffen, daß tunlichst jeder schädliche Einfluß des Elternteils auf das Kind vermieden wird. In diesem Interesse kann namentlich angeordnet werden, daß der Verkehr nur unter Aufsicht eines Dritten stattfinden darf. Aus besonderen Gründen kann der Verkehr zeitweilig ganz untersagt werden (vgl. Prot 4, 449). Daß das Kind vor dem nicht fürsorgeberechtigten Elternteil Angst empfindet, ist nicht ohne weiteres ein Grund zur Beschränkung des Verkehrs. Es ist Pflicht des andern Ehegatten, durch vernünftige Vorstellungen dem Kinde diese Angst zu nehmen und die Einflüsse zu beseitigen, die diese Angst hervorrufen (RG 23. 12. 01 IV 286/01). Das Recht auf persönlichen Verkehr ist nicht auf den Zutritt zu den Kindern in der Wohnung des andern Elternteils beschränkt. Die Zusammenkunft kann auch am dritten Orte stattfinden. Ein Anspruch auf brieflichen Verkehr, auf Ausweise über das Befinden der Kinder, auf Vorlegung der Schulzeugnisse und dergleichen kann aus § 1636 nicht hergeleitet werden (KGJ 34 A 23). Darüber, daß das Deutsche Vormundschaftsgericht nicht befugt ist, den Verkehr geschiedener Ehegatten ausländischer Staatsangehörigkeit mit ihrem Kinde zu regeln, s. Vorbem 6 vor § 1616.

2. Streitig ist, ob auf die **Vollstreckung der von dem Prozeßrichter durch einstweilige Verfügung getroffenen Anordnung,** daß der eine Elternteil das Kind dem andern zuzuführen habe, § 888 ZPO Anwendung findet. Das RG hat dies in JW 04, 557[19] mit der anfechtbaren Begründung verneint, daß die Zuführung des Kindes nicht eine lediglich von dem Willen des Verpflichteten abhängige Handlung sei, weil im einzelnen Falle äußere Umstände wie Krankheit des Zuzuführenden, Mittellosigkeit des Verpflichteten die Zuführung verhindern könnten und hat deshalb lediglich § 883 für anwendbar erachtet. Dem Vormundschaftsgericht steht zur Durchführung der von ihm getroffenen Anordnung das Mittel der Ordnungsstrafe (soweit solche landesgesetzlich zulässig ist) zur Verfügung. Von diesem Mittel kann das Vormundschaftsgericht in der Weise Gebrauch machen, daß es dem verpflichteten Ehegatten bei Strafe aufgibt, die Abholung des Kindes zu dulden (RG 63, 241) oder das Kind dem andern Ehegatten zuzuführen. Die zu leistende Handlung muß in ihren Einzelheiten bestimmt bezeichnet werden. Die Strafandrohung kann auf Grund des vollstreckbaren Schuldtitels erst im Zwangsvollstreckungsverfahren erlassen, nicht bereits in das Urteil oder die einstweilige Verfügung aufgenommen werden (RG JW 09, 24[23]; 28. 10. 09 IV 173/09). Eine Klage auf Vollstreckung der vom Vormundschaftsgericht getroffenen Anordnung ist nicht gegeben (RG 63, 239). Zur Entscheidung über die Kosten der Zuführung ist das Vormundschaftsgericht nicht zuständig (KG in RJA 8, 89).

§ 1637

Ist die Ehe nach § 1348 Abs. 2 aufgelöst, so gilt in Ansehung der Sorge für die Person des Kindes das Gleiche, wie wenn die Ehe geschieden ist und beide Ehegatten für schuldig erklärt sind[1]).

E I 1465 II 1485 Satz 1 M 4, 645 P 4, 456.

1. Dem Falle der Scheidung der Ehe aus Verschulden beider Teile wird es hier gleichgestellt, wenn die Ehe **nach Todeserklärung** des einen Ehegatten, dessen Fortleben sich später herausstellt, durch **Wiederverheiratung** des andern Ehegatten aufgelöst ist (§ 1348), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dieser Ehegatte das Fortleben gekannt hat oder nicht.

§ 1638

Das Recht und die Pflicht, für das Vermögen des Kindes zu sorgen (Vermögensverwaltung)[1]), erstreckt sich nicht auf das Vermögen, welches das Kind von Todes wegen erwirbt oder welches ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß der Erwerb der Verwaltung des Vaters entzogen sein soll[2]).

Was das Kind auf Grund eines zu einem solchen Vermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines

zu dem Vermögen gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vermögen bezieht, ist gleichfalls der Verwaltung des Vaters entzogen[3]).

E I 1510 II 1530 M 4, 758 P 4, 266.

1. Kraft der Sorge für das Vermögen hat der Gewalthaber **das Recht der Vermögensverwaltung** in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung. In letzterer Beziehung umfaßt das Verwaltungsrecht des Gewalthabers, das von dem Verwaltungsrecht des Ehemanns bei gesetzlichem Güterstand gänzlich verschieden ist, das Recht der Verfügung über das Vermögen des wegen mangelnder oder beschränkter Geschäftsfähigkeit der Vertretung bedürftigen Kindes. Die in Ausübung der Verwaltung abzuschließenden Rechtsgeschäfte sind, falls nicht besondere Gründe zu einem andern Verfahren nötigen, auf den Namen des Kindes zu stellen. Eine Trennung des Vertretungsrechts von der tatsächlichen Sorge für das Vermögen wird, wenn schon das Vormundschaftsgericht nach §§ 1666 Abs 2, 1667 sich darauf beschränken kann, das Vertretungsrecht zu entziehen, nur selten vorkommen. Auf das Verwaltungsrecht kann der Gewalthaber nicht verzichten, auch nicht bei der Zuwendung eigenen Vermögens an das Kind, da er als ein Dritter im Sinne des § 1638 nicht angesehen werden kann (RG 2. 4. 06 IV 489/05). Über die Annahme eines Bevollmächtigten vgl. § 1793 A 2.

2. **Entziehung des Verwaltungsrechts.** Der Dritte, welcher dem Kinde durch letztwillige Verfügung oder Vertrag unter Lebenden Vermögen zuwendet, hat bezüglich dieses Vermögens nach dem Gesetze die Macht, das Verwaltungsrecht des Gewalthabers, wenn schon es sich hier um eine dem öffentlichen Recht angehörige Einrichtung handelt, gänzlich auszuschließen oder zu beschränken (§ 1639). Die Bestimmung muß bei der Zuwendung — die schon dann vorliegt, wenn ein klagbarer Anspruch auf die Zuwendung gewährt wird — und zwar als Nebenbestimmung des Hauptgeschäfts, bei einer Zuwendung von Todes wegen in der die Zuwendung anordnenden oder einer späteren letztwilligen Verfügung getroffen werden. Ein Erwerb von Todes wegen liegt vor, auch wenn dem Kinde nur der Pflichtteil zugewandt wird. Die Ausschließung des Verwaltungsrechts, wodurch dem Kinde selbst nichts genommen wird, enthält keine unstatthafte Beschränkung des Pflichtteilsrechts. Bei Verträgen unter Lebenden ist Voraussetzung, daß die Zuwendung unentgeltlich ist. Eine Anordnung des Vaters, der in Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtung dem Kinde Unterhaltsmittel zuwendet, über Ausschließung des Verwaltungsrechts der im Besitz der elterlichen Gewalt befindlichen Mutter würde wirkungslos sein. Die Ausstattung, mag sie auch nicht als Schenkung gelten, erscheint insoweit als unentgeltliche Zuwendung, als keine Verpflichtung zur Ausstattung (Aussteuer) besteht (§§ 1624, 1620). Die Frage, ob der Dritte schon vor Geburt des Kindes bei einer Zuwendung an die künftige Nachkommenschaft (vgl. § 1 A 4) die Ausschließung des Verwaltungsrechts des Gewalthabers wirksam bestimmen kann, wird zu bejahen sein. Die Erwägungen, aus denen das RG 65, 367 dazu gelangt ist, die Möglichkeit der Ausschließung des Verwaltungsrechts des Ehemanns (§ 1369) vor der Eheschließung zu verneinen, treffen hier nicht zu. Über die Bestellung eines Pflegers s. § 1909 A 1 und 3 und § 1917 A 3. Die Ausschließung des Verwaltungsrechts wird übrigens nicht erst mit Bestellung des Pflegers, sondern schon durch die von dem Dritten getroffene Bestimmung wirksam (RG 25. 2. 09 IV 298/08). Der von dem Verwaltungsrecht ausgeschlossene Gewalthaber ist auch zur Erhebung von Klageansprüchen, die auf die Sicherung des Vermögens gerichtet sind, nicht befugt (RG a. a. O.). Über Ausschließung der Nutznießung s. § 1651 A 2.

3. Das von dem Pfleger zu verwaltende Vermögen bildet gegenüber dem in der Verwaltung des Gewalthabers befindlichen Vermögen ein **Sondervermögen**, das — ebenso wie in den Fällen der §§ 718 Abs 2, 1370, 1440, 1651, 2111 — nicht auf die ursprünglichen Vermögensbestandteile beschränkt ist, sondern das Vermögen in seiner weiteren Entwicklung begreift (Ersetzungsgrundsatz oder Surrogationsgrundsatz). Der rechtsgeschäftliche Erwerb gehört zum Sondervermögen, wenn das Rechtsgeschäft für dessen Rechnung geschlossen ist. Aber auch sonst ist der Verwalter verpflichtet, den Erwerb, den er sachlich in Angelegenheiten des Sondervermögens gemacht ist, diesem Vermögen zu überlassen.

§ 1639

Was das Kind von Todes wegen erwirbt oder was ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, hat der Vater nach den Anordnungen des Erblassers oder des Dritten zu verwalten, wenn die Anordnungen von dem Erblasser durch letztwillige Verfügung, von dem Dritten bei der Zuwendung getroffen worden sind[1]). Kommt der Vater den Anordnungen

nicht nach, so hat das Vormundschaftsgericht die zu ihrer Durchführung erforderlichen Maßregeln zu treffen[2]).

Der Vater darf von den Anordnungen insoweit abweichen, als es nach § 1803 Abs. 2, 3 einem Vormunde gestattet ist[3]).

E I 1503, 1545, 1660 II 1531, 1556 Abs 2 M 4, 741, 1104 P 4, 617.

1. Vgl. § 1638 A 2 und 3.

2. Soweit die **Beschränkung des Verwaltungsrechts** darin besteht, daß der Gewalthaber zur Vornahme bestimmter Rechtshandlungen nicht befugt sein soll, tritt sie unmittelbar in Kraft. Im übrigen ist es Sache des Vormundschaftsgerichts, die Befolgung der im Interesse des Kindes getroffenen Anordnungen zu überwachen. Behufs zwangsweiser Durchführung der Anordnungen kann das Vormundschaftsgericht nötigenfalls dazu schreiten, die Verwaltung des Vermögens — nicht die Nutznießung (vgl. § 1656 Abs 1) — dem Gewalthaber zu entziehen und einem Pfleger zu übertragen, ohne daß die Voraussetzungen des § 1667 vorzuliegen brauchen. Es kann dem Gewalthaber die Pflicht zur Rechnungslegung, Sicherheitsleistung usw. auferlegen.

3. Zur **Abweichung** von den Anordnungen ist der Gewalthaber nur befugt mit Zustimmung des Zuwenders oder, wenn dessen Erklärung für längere Dauer nicht zu beschaffen ist, mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (s. hierüber § 1803 A 2 und 3).

§ 1640

Der Vater hat das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen des Kindes, welches bei dem Tode der Mutter vorhanden ist oder dem Kinde später zufällt, zu verzeichnen[1]) und das Verzeichnis, nachdem er es mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehen hat, dem Vormundschaftsgericht einzureichen. Bei Haushaltungsgegenständen genügt die Angabe des Gesamtwerts[2]).

Ist das eingereichte Verzeichnis ungenügend, so kann das Vormundschaftsgericht anordnen, daß das Verzeichnis durch eine zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird. Die Anordnung ist für das infolge des Todes der Mutter dem Kinde zufallende Vermögen unzulässig, wenn die Mutter sie durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen hat.

M 4, 742 P 4, 562 ff.

1. Aus der Pflicht der Verwaltung ergibt sich ohne weiteres die **Pflicht des Gewalthabers,** das in seine Verwaltung gelangte **Vermögen zu verzeichnen,** damit er auf dieser Grundlage der nach Beendigung der elterlichen Gewalt ihm obliegenden Rechnungslegungspflicht (§ 1681) genügen kann. Eine Aufsicht des Vormundschaftsgerichts darüber, daß diese Verzeichnungspflicht erfüllt wird, findet bei Lebzeiten des andern Ehegatten nicht statt. Ist dieser aber gestorben, so ist dem Gewalthaber durch die auf einem Beschlusse der RTK (Ber S 364 ff.) beruhende Vorschrift des § 1640 die Verpflichtung auferlegt, ein Verzeichnis des Kindesvermögens dem Vormundschaftsgericht einzureichen. Hiervon kann er auch nicht durch Anordnung des andern Ehegatten oder des Zuwendenden befreit werden. Die Verzeichnungspflicht erstreckt sich nicht bloß auf das zur Zeit des Todes des andern Ehegatten vorhandene, sondern auch auf das erst später dem Kinde zufallende Vermögen, auch dann, wenn dieser Erwerb erst nach Einreichung des Verzeichnisses eintritt (a. A. Staudinger A 2 a; Blume A 3 b). Dem Anfall eines Vermögens ist der Erwerb einzelner Vermögensgegenstände nicht gleichzustellen. Nachträgliche Änderungen des Vermögensbestandes sind in das einzureichende Verzeichnis nicht aufzunehmen. Von der Pflicht zur Einreichung des Verzeichnisses wird der Gewalthaber nicht dadurch frei, daß sich das Vermögen im Besitz eines Nießbrauchers oder Pfandgläubigers befindet, auch nicht dadurch, daß das Vermögen, an dem das Kind als Miteigentümer, Gesellschafter oder Miterbe beteiligt ist, vertragsgemäß oder infolge Anordnung des Erblassers für Rechnung der Gemeinschaft von einem andern verwaltet wird (vgl. KGJ 36 A 38 — a. A. Blume A 3 c und teilweise Staudinger A 2 b). Ist das Kind Inhaber oder Teilhaber eines Geschäftsunternehmens, so wird es regelmäßig genügen, wenn die vor dem Tode des andern Ehegatten aufgenommene letzte Inventur und Bilanz eingereicht wird. Der Verzeichnungspflicht unterliegt dagegen nicht das Vermögen der juristischen Person, an dem das Kind anteilsberechtigt ist, auch nicht das zum Gesamtgut gehörende Vermögen, wenn der Gewalthaber nach dem Tode des andern Ehegatten die allgemeine Gütergemeinschaft mit den Kindern fortsetzt, da sich seine Verpflichtungen hier ausschließlich nach dem Rechte der Gütergemeinschaft bestimmen (vgl. §§ 1487;

1442 ff., 1493). Es braucht ferner nicht verzeichnet werden das in der Verwaltung des Vorerben befindliche Vermögen, wovon jedoch aus praktischen Rücksichten für den Fall, daß im Testament des verstorbenen Ehegatten der Gewalthaber als Vorerbe und das Kind als Nacherbe eingesetzt ist, eine Ausnahme zu machen ist, da gerade in diesem Falle die Klarstellung, was zum Nachlaß und was zum eigenen Vermögen des Gewalthabers gehört, von größter Wichtigkeit ist (RG 65, 143). Über die Kosten des Verzeichnisses s. § 1648 A 2.

2. Über die **Einrichtung des Verzeichnisses** ist in § 1640 bestimmt, daß es nur ein Privatverzeichnis zu sein braucht, daß bei Haushaltungsgegenständen (vgl. über den Begriff § 1382 A 2) statt der Aufführung der einzelnen Stücke die Angabe des Gesamtwerts genügt und daß es der Gewalthaber mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen hat. Nicht zu verlangen ist die Angabe des Wertes der sonstigen in das Verzeichnis aufgenommenen Gegenstände. Es muß dann aber eine die Wertangabe ersetzende Beschreibung der Vermögensgegenstände gegeben werden. Nicht unbedingt notwendig ist die Aufführung der Schulden, die jedoch, obschon die Angaben im Verzeichnis nur zugunsten des Kindes beweisend sind, immerhin zur Vermeidung späterer Weiterungen im Interesse des Gewalthabers liegt. Eine Beeidigung des Verzeichnisses durch den Gewalthaber kann — abgesehen von dem im Prozesse zulässigen Beweismittel der Eideszuschiebung — nicht verlangt werden.

3. Der Gewalthaber ist zur Einreichung des Vermögensverzeichnisses verpflichtet, ohne daß er eine Aufforderung des Vormundschaftsgerichts abzuwarten hat (KGJ 20 A 227). Das **Vormundschaftsgericht** (das durch den Standesbeamten gemäß § 48 FGG von dem Tode des Ehegatten Anzeige erhält) hat den Eingang zu überwachen und das eingegangene Verzeichnis — dessen Offenlegung nicht verboten werden kann — in bezug auf seine formelle und sachliche Richtigkeit zu prüfen. Genügt das Verzeichnis den nach dieser Richtung zustellenden Anforderungen nicht, so kann das Vormundschaftsgericht, soweit nicht die Mutter für das von ihr dem Kinde vererbte Vermögen diese Maßregel durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen hat, die nach Landesrecht zuständige Stelle mit Aufnahme eines öffentlichen Verzeichnisses betrauen. Das Vormundschaftsgericht kann, soweit dies landesgesetzlich zulässig ist, durch Ordnungsstrafen den Gewalthaber zur Erfüllung seiner Pflichten anhalten (RG 57, 134 — a. A. Gimmerthal, ArchBürgR 29, 298) und ihm nötigenfalls gemäß § 1670 die Vermögensverwaltung entziehen.

§ 1641

Der Vater kann nicht in Vertretung des Kindes Schenkungen[1]) machen. Ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.

E I 1503, 1661 II 1532 M 4, 741 P 4, 559.

1. In dem Recht der Verwaltung, die dazu dient, das Vermögen zu erhalten und nutzbar zu machen, ist die **Befugnis zur Vornahme von Schenkungen**, soweit diese nicht einer durch besondere Verhältnisse begründeten sittlichen Pflicht oder Anstandspflicht entsprechen, nicht enthalten. Für die Beurteilung, ob und in welchem Maße eine solche Pflicht besteht, ist auch auf die Vermögensverhältnisse des Kindes Rücksicht zu nehmen. Es ist ferner zu prüfen, ob nicht nach den Grundsätzen einer ordentlichen Wirtschaftsführung die Schenkung aus den dem Gewalthaber zustehenden Nutzungen zu bestreiten war. Die allgemeine Pflicht zur Wohltätigkeit ist als eine sittliche Pflicht im Sinne des § 1641 nicht ohne weiteres anzuerkennen (vgl. RG 70, 15). Unter Schenkungen sind nur solche im Sinne des § 516 (vgl. auch § 517), nicht sonstige Freigebigkeiten zu verstehen. Die unentgeltliche Überlassung des Gebrauchs einer Sache, die unentgeltliche Aufbewahrung usw. braucht nicht notwendig eine Schenkung zu sein. Durch ungerechtfertigte Vornahme derartiger Freigebigkeiten kann der Gewalthaber sich ersatzpflichtig machen. Das Rechtsgeschäft selbst bleibt aber gültig. Auch unentgeltliche Verzichte fallen nicht ohne weiteres unter den Begriff der Schenkung. Wegen der durch geschäftliche Rücksichten gebotenen Freigebigkeiten s. § 1804 A 1; über die Genehmigungsbedürftigkeit der Erbschaftsausschlagung und ähnlicher Rechtsgeschäfte s. § 1643 Abs 2.

§ 1642

Der Vater hat das seiner Verwaltung unterliegende Geld des Kindes, unbeschadet der Vorschrift des § 1653, nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften der §§ 1807, 1808 verzinslich anzulegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu halten ist[1]).

Das Vormundschaftsgericht kann dem Vater aus besonderen Gründen eine andere Anlegung gestatten[2]).

E I 1503, 1664, 1665, 1667 II 1533 M 4, 742 P 4, 559.

1. Aus der Verwaltungspflicht ergibt sich die allgemeine Pflicht, die Vermögensgegenstände, insbesondere Gelder und Wertpapiere, sicher aufzubewahren und nutzbringend zu verwerten. Besondere Bestimmungen sind in dieser Beziehung nur über die **Anlegung des Geldes** — nicht über die Verwahrung von Wertpapieren und Kostbarkeiten (§§ 1814 ff.) — gegeben, indem die Vorschriften der §§ 1807, 1808 über die Anlegung von Mündelgeld für anwendbar erklärt sind. Diese Vorschriften greifen jedoch nur Platz, soweit der Gewalthaber in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Kindes über die Anlegung zu bestimmen hat. Sie sind nicht anwendbar, wenn er in seiner Eigenschaft als geschäftsführender Gesellschafter oder als Testamentsvollstrecker usw. die Verwaltung des dem Kinde mit andern Personen gemeinschaftlich gehörigen Vermögens führt oder wenn in Gemeinschaftsverhältnissen die Anlegung durch Mehrheitsbeschlüsse geregelt wird. Sie gelten auch nicht für die bei Beginn der Verwaltung bereits vorhandenen Kapitalanlagen (s. hierüber § 1807 A 1). Die nicht mündelsichere Anlegung kann zum Einschreiten aus § 1667, äußerstenfalls zur Entziehung der Vermögensverwaltung nach § 1670 Anlaß geben. Übereinstimmend mit § 1806 ist bestimmt, daß die Vorschriften über mündelsichere Anlegung keine Anwendung finden auf das zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu haltende Geld (vgl. § 1806 A 1).

2. Abs 2 entspricht dem § 1811. Aus besonderen Gründen, zur Vermeidung eines sonst dem Kinde entstehenden größeren Nachteils, kann das Vormundschaftsgericht von der Vorschrift des § 1642 **Befreiung** gewähren. Nach § 1653 kann ferner das Vormundschaftsgericht dem Gewalthaber gestatten, das seiner Nutznießung unterliegende Geld vorbehaltlich des späteren Ersatzes für sich zu verwenden.

§ 1643

Zu Rechtsgeschäften für das Kind bedarf der Vater der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in den Fällen, in denen nach § 1821 Abs. 1 Nr 1 bis 3, Abs. 2 und nach § 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11 ein Vormund der Genehmigung bedarf[1])[2]).

Das Gleiche gilt für die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses sowie für den Verzicht auf einen Pflichtteil. Tritt der Anfall an das Kind erst infolge der Ausschlagung des Vaters ein, so ist die Genehmigung nur erforderlich, wenn der Vater neben dem Kinde berufen war[1]).

Die Vorschriften der §§ 1825, 1828 bis 1831 finden entsprechende Anwendung[2])[3]).

E I 1511, 1513, 1514, 2043 II 1534, 1534a M 4, 762 ff.; 5, 514 P 4, 566; 5, 632; 6, 322.

1. Hinsichtlich der Notwendigkeit **vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung** ist der Gewalthaber freier gestellt wie der Vormund. Genehmigungsbedürftig sind nur die Rechtsgeschäfte, die sich auf das Gesamtvermögen, eine Erbschaft, das unbewegliche Vermögen, ein Erwerbsgeschäft beziehen, sowie besondere Kreditgeschäfte, und zwar nicht bloß die Verfügung, sondern auch die Übernahme der Verpflichtung zur Verfügung. Im einzelnen ist die Genehmigung erforderlich: a) zu jedem Rechtsgeschäft, welches das Kindesvermögen im ganzen zum Gegenstand hat (vgl. § 311) nach § 1822 Nr 1; b) zur Verfügung über eine angefallene Erbschaft (Erbteil), Verfügung über die künftige gesetzliche Erbschaft oder den künftigen Pflichtteil (vgl. § 312 Abs 2), Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses und Verzicht auf den Pflichtteil, mag dieser bereits angefallen sein oder nicht, nach §§ 1822 Nr 1, 1643 Abs 2, 2347. Der Genehmigung der Ausschlagung der Erbschaft bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn die Erbschaft dem Kinde lediglich infolge der Ausschlagung des Gewalthabers anfällt (ohne daß das Kind neben ihm als Miterbe berufen war), da hier eine Benachteiligung des Kindes nicht zu besorgen ist; c) zu einer jeden Verfügung über ein Grundstück oder dingliches Recht an einem Grundstück oder eine hierauf bezügliche Forderung einschließlich der Forderung auf Befreiung des Grundstücks von einer dinglichen Last nach § 1821 Nr 1, 2 und 3. Unter den Begriff der Verfügung über ein Grundstück würde an sich auch die Entgegennahme der Auflassung fallen, die jedoch, da der Gewalthaber zum Erwerbe eines Grundstücks (§ 1821 Nr 4) keiner Genehmigung bedarf, ebenfalls nicht als genehmigungspflichtig anzusehen ist (a. A. Staudinger II 2). Auch zu der Eintragung einer Restkaufgelderhypothek auf das für das Kind erkaufte Grundstück wird aus gleichem Grunde die Genehmigung nicht zu erfordern sein (a. A. KGJ 28 A 6 — vgl. indes **RG** 69, 177);

d) zu dem entgeltlichen Erwerb oder der Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts und dem auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichteten Gesellschaftsvertrage nach § 1822 Nr 3; e) zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Kindes (Aufnahme eines Darlehens, Eingehung eines Kontokurrentverhältnisses), zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, wozu auch die Bürgschaftsübernahme gehört, und zu Rechtsgeschäften, die wegen des gleichen Erfolgs dem Kinde gefährlich werden können (Ausstellung eines Inhaberpapiers, Eingehung einer Verbindlichkeit aus einem Wechsel oder Orderpapier, Erteilung einer Prokura; vgl. hierüber § 1822 zu Nr 8—11). In der Frage, ob der Gewalthaber das Kind zu wiederkehrenden Leistungen über das 21. Jahr hinaus verpflichten darf, was auch durch Miet- und Pachtverträge geschehen kann, nimmt das BGB einen mittleren Standpunkt ein, indem es diese Geschäfte zwar für zulässig, aber für den Fall, daß die Verpflichtung über das 21. Lebensjahr des Kindes fortdauern soll, für genehmigungsbedürftig erklärt (§ 1822 Nr 5). Vgl. im übrigen die Erläuterungen zu §§ 1821 und 1822.

2. Hinsichtlich der Zulässigkeit einer allgemeinen Ermächtigung des Gewalthabers gilt § 1825, hinsichtlich der Form der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und hinsichtlich der rechtlichen Wirkungen des Fehlens der Genehmigung gelten die in §§ 1828 bis 1831 für die Rechtsgeschäfte des **Vormundes** aufgestellten Grundsätze.

3. Darüber, wann die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu Rechtshandlungen in **persönlichen Angelegenheiten** des Kindes erforderlich ist, ist in § 1674 nichts bestimmt. Vorgeschrieben ist die Genehmigung für den Antrag auf Ehelichkeitserklärung und die Einwilligung des Kindes, die Anfechtung und Bestätigung dieser Erklärungen (§§ 1728, 1729, 1731), für die Eingehung und Aufhebung des Kindesannahmevertrages und zwar sowohl betreffs des Annehmenden als des Kindes, die Anfechtung und Bestätigung dieser Erklärungen (§§ 1750, 1751, 1755, 1770), außerdem für den Antrag auf Entlassung des Kindes aus der Staatsangehörigkeit, falls der Gewalthaber den Antrag nicht zugleich für sich selbst stellt (§ 14a StAngG v. 1. 6. 70 in der Fassung des Art 41 EG). Über die Fälle, in denen die Vertretung des geschäftsunfähigen Kindes nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gestattet ist, s. § 1630 A 2.

§ 1644

Der Vater kann Gegenstände, zu deren Veräußerung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, dem Kinde nicht ohne diese Genehmigung zur Erfüllung eines von dem Kinde geschlossenen Vertrags oder zu freier Verfügung überlassen[1]).

E I 1512 II 1535 M 4, 767 P 4, 567.

1. Der Gewalthaber kann die Vorschriften über die Notwendigkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung nicht dadurch wirkungslos machen, daß er die Vermögensgegenstände, zu deren Veräußerung es der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf (wie im Falle des § 1821 Nr 1), dem Kinde zur **freien Verfügung** überläßt. Die Vorschrift ist nur deshalb aufgenommen, um einer aus § 110 herzuleitenden gegenteiligen Folgerung entgegenzutreten. Sie bezieht sich übrigens nur auf den Fall, daß der Gewalthaber das seiner Verwaltung unterliegende Kindesvermögen, nicht darauf, daß er sein eigenes Vermögen dem Kinde überläßt (**RG** 15. 5. 05 IV 620/04).

§ 1645

Der Vater soll nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Kindes beginnen[1]).

E I 1515 II 1536 M 4, 768 P 4, 567.

1. § 1645 fordert wegen der mit dem Geschäftsbetriebe für das Kind verbundenen Gefahren die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung über §§ 1643, 1822 Nr 3 hinaus auch für den **Beginn eines** neu errichteten oder durch unentgeltlichen Vertrag übernommenen, im Namen des Kindes zu betreibenden **neuen Erwerbsgeschäfts** (vgl. über dessen Begriff § 112 A 2), nicht für die bloße Erweiterung eines solchen Geschäfts. Diese Genehmigung ist wesentlich anderer Art als die in § 112 vorgesehene Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu der für die Geschäftsfähigkeit bedeutungsvollen Ermächtigung des Minderjährigen zum selbständigen Geschäftsbetriebe (vgl. § 1651 A 1). Die Verletzung der in § 1645 gegebenen Sollvorschrift macht den Gewalthaber nach § 1664 ersatzpflichtig, rechtfertigt auch das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts aus § 1667, steht aber der Gültigkeit der im Betriebe des Geschäfts vorgenommenen Rechtshandlungen und der Kaufmannseigenschaft des Kindes nicht entgegen. Zur Auflösung eines Erwerbsgeschäfts bedarf der Gewalthaber, abweichend von der in § 1823 für den Vormund getroffenen Bestimmung, nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Vgl. auch § 1823 A 1.

§ 1646

Erwirbt der Vater mit Mitteln des Kindes bewegliche Sachen, so geht mit dem Erwerbe das Eigentum auf das Kind über, es sei denn, daß der Vater nicht für Rechnung des Kindes erwerben will[1]). Dies gilt insbesondere auch von Inhaberpapieren und von Orderpapieren, die mit Blankoindossament versehen sind.

Die Vorschriften des Abs. 1 finden entsprechende Anwendung, wenn der Vater mit Mitteln des Kindes ein Recht an Sachen der bezeichneten Art oder ein anderes Recht erwirbt, zu dessen Übertragung der Abtretungsvertrag genügt.

E II 1537 P 4, 571.

1. **Eigentumsübergang auf das Kind.** Wegen des Anspruchs auf Herausgabe des gesetzlich der Verwaltung des Gewalthabers unterworfenen Vermögens ist das Kind durch das Vorrecht des § 61 Nr 5 KO gesichert (s. § 1668 A 2). Eine weitere Sicherung bezweckt der § 1646. Es ist zwar nicht der Rechtssatz aufgestellt, daß die mit Mitteln des Kindes von dem Gewalthaber erworbenen Sachen und Rechte notwendig an Stelle dieser Mittel Vermögen des Kindes werden (Ersetzungsgrundsatz). Der Vermögensübergang ist vielmehr abhängig von dem Willen des Gewalthabers, das Eigentum oder dingliche Recht dem Kinde zuzuwenden. Für das Vorhandensein dieses Willens spricht aber die Vermutung, falls der Gewalthaber mit Mitteln des Kindes erworben hat, und zwar auch in dem Falle, daß er das Rechtsgeschäft in eigenem Namen abgeschlossen hat. Der Gewalthaber kann als ehrlich handelnder Mann, falls nicht außergewöhnliche Umstände vorliegen, nur den Willen haben, das aus Mitteln des Kindes Angeschaffte wiederum dem Kinde zuzuwenden. Diese Auslegungsregel gilt natürlich nur für bewegliche Sachen, zu deren Übereignung die Besitzübergabe genügt, und für Rechte, die durch Abtretungsvertrag oder, wie bei Inhaberpapieren und mit Blankoindossament versehenen Orderpapieren (§§ 363 ff. HGB, Art 9 ff. WO), durch Übergabe der Urkunde übertragen werden, nicht für die durch Auflassung zu übereignenden Grundstücke und für Rechte, zu deren Übertragung es einer besonderen Form bedarf. Der Besitzübergang auf das Kind vollzieht sich dadurch, daß der Gewalthaber für sich, ohne daß dies dem den Besitz übertragenden Vertragsgegener kund zu sein braucht, den Willen des Besitzerwerbes für das Kind gefaßt hat. Auf den Willen des Vertragsgegners wird es regelmäßig nicht weiter ankommen, da es diesem, der (aus den Mitteln des Kindes) seine Befriedigung erhält, gleich sein kann, ob der Besitz auf den Gewalthaber oder das Kind übergeht, und deshalb angenommen werden darf, daß er mit der von dem Gewalthaber getroffenen Bestimmung einverstanden ist (vgl. **RG** Gruch 37, 975). Der Besitzübergang kann auch in der Weise vor sich gehen, daß der Gewalthaber den zunächst für sich erlangten Besitz durch ein mit sich selbst geschlossenes Rechtsgeschäft — das als Erfüllungsgeschäft im Sinne des § 181 sich darstellt — dem Kinde überträgt (vgl. **RG** 30, 143).

§ 1647

Die Vermögensverwaltung des Vaters endigt mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über das Vermögen des Vaters eröffnet wird[1]).

Nach der Aufhebung des Konkurses kann das Vormundschaftsgericht die Verwaltung dem Vater wieder übertragen[2]).

E I 1553 Abs 1 u. 2 II 1538 M 4, 816 P 4, 638.

1. **Durch Eröffnung des Konkurses** über das Vermögen des Gewalthabers hat dieser die zur Fortführung der Verwaltung erforderliche Vertrauenswürdigkeit verloren. Seine Vermögensverwaltung — nicht auch das Nutznießungsrecht (§ 1656 Abs 1) — endet daher und zwar sowohl in tatsächlicher als rechtlicher Hinsicht (vgl. § 1638 A 1) mit der Rechtskraft des den Konkurs eröffnenden Beschlusses (§§ 72, 73, 109 KO). Das Gleiche ist hinsichtlich des Ehemannes in § 1419, nicht aber auch hinsichtlich des Vormundes bestimmt. Von dem Vormundschaftsgericht, das von der Konkurseröffnung durch das Konkursgericht Nachricht erhält (vgl. § 50 FGG), ist zur Führung der Vermögensverwaltung ein Pfleger zu bestellen, der übrigens mit der Besorgung des Unterhaltes für das Kind nicht befaßt ist und deshalb nicht etwa von den dem Gewalthaber kraft seines Nutznießungsrechts abzuliefernden Nutzungen die Kosten des Unterhalts des Kindes vorweg in Abzug bringen kann. Ist der Konkurseröffnungsbeschluß schon vor Entstehung der elterlichen Gewalt rechtskräftig geworden und hat die Konkurseröffnung bei Erlangung der elterlichen Gewalt noch fortgewirkt,

indem das eheliche Kind vor Beendigung des Konkurses geboren oder das außereheliche Kind vor diesem Zeitpunkte legitimiert ist, so geht die Vermögensverwaltung auf den Gewalthaber nicht erst über. Wegen des Konkursvorrechts des Kindes s. § 1668 A 2.

2. Eine dauernde Unfähigkeit zur Verwaltung des Kindesvermögens wird durch die Konkurseröffnung nicht herbeigeführt. Nach **Aufhebung des Konkurses** kann dem Gewalthaber von dem Vormundschaftsgericht, was in dessen freiem Ermessen steht — Beschwerde daher nicht zulässig (Bay ObLG 2, 407) — die Verwaltung wieder eingeräumt werden.

§ 1648

Macht der Vater bei der Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so kann er von dem Kinde Ersatz verlangen, sofern nicht die Aufwendungen ihm selbst zur Last fallen[1] [2].

E I 1503 i. V. mit 1698 II 1539 M 4, 742 u. 746 P 4, 561; 5, 143; 6, 298.

1. Die Vorschrift des § 1648 hat nicht bloß für die Vermögensverwaltung, sondern auch für die Verwaltung der persönlichen Angelegenheiten des Kindes Bedeutung. Nach dieser Vorschrift gilt für den Gewalthaber hinsichtlich des **Anspruchs auf Ersatz von Aufwendungen** dasselbe, was für den Beauftragten in § 670 bestimmt ist. Er soll, ohne daß es darauf ankommt, ob sachlich die Aufwendungen nötig waren, alle Aufwendungen ersetzt erhalten, die er den Umständen nach ohne Verschulden für erforderlich halten durfte, und zwar hat er hierbei gemäß § 1664 nur für diejenige Sorgfalt aufzukommen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Bei der Prüfung, ob er die Aufwendung als erforderlich ansehen durfte, ist nicht bloß die Nützlichkeit an sich, sondern auch die Angemessenheit der Ausgabe mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Kindes, insbesondere seine Vermögensverhältnisse, in Betracht zu ziehen. Der dem Gewalthaber zu leistende Ersatz umfaßt nach § 256 auch die Verzinsung des von ihm in Geld oder Geldeswert aufgewandten Betrages, die jedoch bei Aufwendungen für einen dem Kinde gehörigen Gegenstand für die Zeit fortfällt, für welche dem Gewalthaber die Nutzungen gebühren. An Stelle des Anspruchs auf Ersatz tritt, wenn der Gewalthaber statt der Aufwendung zu gleichem Zweck eine Verbindlichkeit eingegangen ist, nach § 259 der Anspruch auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit. Hinsichtlich des Anspruchs auf Ersatz und Befreiung kann der Gewalthaber während der Dauer seiner Verwaltung sich selbst befriedigen. Nach Beendigung der Verwaltung ist er darauf angewiesen, seine Ansprüche nötigenfalls im Klagewege geltend zu machen. Ein Anspruch auf Leistung eines Vorschusses zur Deckung der Aufwendungen (§ 669) ist ihm nicht gegeben, da er kraft seines Verwaltungsrechts auch ohnedies wegen des Ersatzes gesichert ist. Für Dienstleistungen und für Zeitversäumnis erhält der Gewalthaber (abweichend von §§ 1835, 1836) keine Vergütung.

2. Wegen der von dem Nutznießungsberechtigten zu tragenden **Kosten** s. § 1654 A 1. Die Kosten der Vermögensverwaltung, auch die Kosten eines nach § 1640 aufzunehmenden Verzeichnisses, einschließlich des öffentlichen Verzeichnisses (a. A. Planck A 9 zu § 1640; teilweise abweichend Blume A 8 zu § 1640), fallen dem Kinde, nicht dem Gewalthaber zur Last. Ausnahmsweise sind die Kosten des bei der Wiederverheiratung von dem Gewalthaber einzureichenden Verzeichnisses und der Auseinandersetzung in § 1669 diesem auferlegt, wie er auch nach § 1672 Abs 2 die Kosten der Bestellung und Aufhebung einer Sicherheit als von ihm veranlaßt zu tragen hat.

§ 1649

Dem Vater steht kraft der elterlichen Gewalt die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zu[1] [2].

E I 1502 Nr 2 II 1540 M 4, 724 P 4, 547.

1. In Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht in Deutschland hat auch das BGB dem **Inhaber der elterlichen Gewalt die Nutznießung an dem Kindesvermögen** eingeräumt, die darin ihre Rechtfertigung findet, daß die Familiengemeinschaft zugleich eine gewisse Vermögensgemeinschaft begründet. Die Nutznießung geht, abgesehen von dem Falle der Verheiratung des Kindes (§ 1661) und der Entziehung der Nutznießung wegen Unterhaltsgefährdung (§ 1666 Abs 2), nur durch Verlust der elterlichen Gewalt verloren, nicht durch Ruhen der elterlichen Gewalt (§ 1678), auch nicht dadurch, daß wegen Fortfalls des Vertretungsrechts in persönlichen und Vermögensangelegenheiten des Kindes (§ 1773) ein Vormund bestellt werden muß.

2. Die **Nutznießung** unterscheidet sich wesentlich von dem Nießbrauch. Der Nutznießung ist das Kindesvermögen kraft Gesetzes unterworfen, ohne daß es zu ihrem Entstehen der für die Begründung des Nießbrauchs erforderlichen Form bedarf und ohne daß eine Eintragung in das Grundbuch zulässig ist. Der Nutznießung unterliegen, abweichend vom Nießbrauch (vgl. § 1069 A 2) auch diejenigen Rechte, die nicht übertragen werden können, sofern sie nur eine Ausübung durch einen andern zulassen. An Stelle der Bestimmungen über den Besitz und das Verfügungsrecht des Nießbrauchers (a. A. hinsichtlich des § 1048 Abs 1 Staudinger A 2 b η zu § 1652, Planck A 1 b zu § 1654, Blume A 2 b γ zu § 1654) tritt das auf familienrechtlicher Grundlage beruhende Verwaltungsrecht des Gewalthabers, woraus auch eine Änderung der Bestimmungen über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen (§ 1067 ist durch § 1653 ersetzt), über den Mitbesitz an Inhaberpapieren (§ 1081) und das Verfügungsrecht über Forderungen und Kapitalien (§§ 1074 ff.) sich ergibt. Verschiedenheiten zeigen sich ferner bei der Behandlung der Lasten (§ 1654). Wenn auch hiernach die Nutznießung mehr einen familienrechtlichen Charakter hat, so kann ihr gleichwohl, was ihre sachenrechtliche Unterlage betrifft, die Eigenschaft eines dinglichen Rechts nicht abgesprochen werden (bestr.).

§ 1650

Von der Nutznießung ausgeschlossen (freies Vermögen) sind die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche des Kindes bestimmten Sachen, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte [1]).

E I 1516 II 1541 M 4, 773 P 4, 572.

1. Daß die **ausschließlich zum persönlichen Gebrauche des Kindes bestimmten Sachen** Eigentum des Kindes werden, ist in § 1650 nicht gesagt. Es kommt hierfür auf den Willen des Zuwenders an (anders § 1362 Abs 2). Sind sie Eigentum des Kindes, so gehören sie zum freien Vermögen. Durch den Ausschluß der Nutznießung ist nicht ohne weiteres das Verwaltungsrecht des Gewalthabers ausgeschlossen. Doch macht er sich ersatzpflichtig, wenn er ohne Not in einer dem Interesse des Kindes zuwiderlaufenden Weise über die Gegenstände des § 1650 verfügt. Darin, daß der Gewalthaber dem Kinde bestimmte Gegenstände zum ausschließlichen Gebrauch überläßt (Taschengeld usw.), kann zugleich ein Verzicht auf das Verwaltungsrecht liegen.

§ 1651

Freies Vermögen ist:

1. was das Kind durch seine Arbeit oder durch den ihm nach § 112 gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt [1]);

2. was das Kind von Todes wegen erwirbt oder was ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß das Vermögen der Nutznießung entzogen sein soll [2]).

Die Vorschriften des § 1638 Abs. 2 finden entsprechende Anwendung [3]) [4]).

E I 1517 bis 1519 II 1542 M 4, 770 ff. P 4, 572.

1. Als **freies Vermögen** unterliegt nicht der Nutznießung der von dem Kinde durch **Arbeit oder Geschäftsbetrieb gemachte Erwerb**, wozu auch die durch Arbeit verdienten Trinkgelder, die als Belohnung für seinen Fleiß ihm gegebenen Schulpreise usw. gehören. Das durch Geschäftsbetrieb Verdiente (vgl. über den Begriff des Erwerbsgeschäfts § 112 A 2) wird aber nur dann freies Vermögen des Kindes, wenn ihm dieser Betrieb gemäß § 112 von dem Gewalthaber mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gestattet ist. Das Kind hat hiernach selbst ein erhebliches Interesse daran, diese Genehmigung einzuholen. Ein bei Erteilung der Ermächtigung von dem Gewalthaber gemachter Vorbehalt der Nutznießung würde unwirksam sein.

2. Über den **Erwerb durch Zuwendungen eines Dritten** vgl. § 1638 A 2. Ebenso wie das Verwaltungsrecht kann auch die Nutznießung von dem Dritten ausgeschlossen werden.

3. Die Anwendbarkeit des **Ersetzungsgrundsatzes** gemäß § 1638 Abs 2 folgt daraus, daß das freie Vermögen (abgesehen von den in § 1650 bezeichneten Gegenständen, die nur in ihrer Eigenschaft als dem Gebrauche des Kindes dienende Sachen von der Nutznießung ausgenommen sind) ein Sondervermögen bildet (s. hierüber § 1638 A 3).

4. Der **Verwaltung des Gewalthabers** (vgl. § 1650 A 1) ist das freie Vermögen nicht ohne weiteres entzogen. Die Geschäftsfähigkeit des Kindes erstreckt sich nach § 113 nur auf die Eingehung oder Aufhebung von Dienst- oder Arbeitsverträgen und auf Erfüllung sich

hieraus ergebender Vertragspflichten. Der von dem Kinde verdiente Lohn kann daher rechtswirksam ohne Zustimmung des Gewalthabers, die auch stillschweigend erteilt sein kann, nicht an das Kind ausgezahlt werden. Nach § 119 a GO kann durch Statut der Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes bestimmt werden, daß der Lohn an die minderjährigen gewerblichen Arbeiter nur auf Grund schriftlicher Zustimmung oder Lohnquittung der Eltern oder Vormünder ausgezahlt werden darf. Es kann auch bestimmt werden, daß die Gewerbetreibenden von den Lohnzahlungen den Eltern oder Vormündern Mitteilung zu machen haben.

§ 1652

Der Vater erwirbt die Nutzungen des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens in derselben Weise und in demselben Umfange wie ein Nießbraucher[1]).

E I 1520 II 1543 M 4, 775 P 4, 575.

1. Die für den **Nießbrauch** geltenden Bestimmungen — auf welche § 1520 E I allgemein verwies — finden auf die Nutznießung nur insofern uneingeschränkte Anwendung, als sie den **Erwerb der Nutzungen** betreffen. Der Gewalthaber erwirbt hiernach während der Dauer der Nutznießung die natürlichen Früchte mit der Trennung (§ 954). Wegen des Erwerbs der Zinsen s. § 1068 A 2. Wegen der Verteilung der Früchte zwischen dem Gewalthaber und dem Eigentümer bei Beginn und Beendigung der Nutznießung kommen die Vorschriften des § 101 zur Anwendung. Der Umfang des Fruchtgewinnungsrechts bestimmt sich nach §§ 99, 1039 (unter Wegfall jedoch der hier angeordneten Pflicht zur Sicherheitsleistung, die ausschließlich durch § 1668 geregelt wird), nach § 1040 (mit der Abweichung, daß die Nutznießung auch auf den in das nicht freie Vermögen des Kindes fallenden Schatzanteil sich erstreckt), nach §§ 1046, 1066, 1068 und 1073. — Über die Pfändbarkeit der Früchte s. § 1658 A 1.

§ 1653

Der Vater darf verbrauchbare Sachen, die zu dem seiner Nutznießung unterliegenden Vermögen gehören, für sich veräußern oder verbrauchen, Geld jedoch nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Macht der Vater von dieser Befugnis Gebrauch, so hat er den Wert der Sachen nach der Beendigung der Nutznießung zu ersetzen; der Ersatz ist schon vorher zu leisten, wenn die ordnungsmäßige Verwaltung des Vermögens es erfordert.

E I 1523 Abs 2 u. 3, 1525 II 1544 M 4, 777 P 4, 576.

1. Die **Nutznießung an verbrauchbaren Sachen** ist abweichend von dem Nießbrauch (§ 1067) dahin geordnet, daß das Eigentum auf den Gewalthaber erst mit der Veräußerung oder dem Verbrauche übergeht, wodurch dem Kinde eine größere Sicherung gewährt ist, und daß der Gewalthaber den Wertersatz, der nach der Zeit der Verwendung sich bestimmt, schon vor Beendigung der Nutznießung, sobald die Geldmittel zur ordnungsmäßigen Verwaltung gebraucht werden, zu leisten hat. Hinsichtlich der Verpflichtung des Gewalthabers zur Sicherheitsleistung ist lediglich § 1668 maßgebend. — Über das Recht der Gläubiger des Kindes, den Ersatzanspruch zu pfänden, s. § 1659 A 2.

2. Besteht die Nutznießung an **Geld**, mag dieses von vornherein oder erst später Gegenstand der Nutznießung geworden sein, so hat gemäß § 1642 der Gewalthaber die Pflicht zur mündelsicheren Anlegung. Das Vormundschaftsgericht kann aber, falls es das Kind hierdurch nicht für geschädigt erachtet, dem Gewalthaber gestatten, das Geld vorbehaltlich des nach § 1653 zu leistenden Ersatzes für sich zu verwenden, es kann auch die Genehmigung nach seinem Ermessen von Erfüllung bestimmter Bedingungen, insbesondere von Leistung einer Sicherheit abhängig machen. Gegen die Verweigerung oder die bedingungsweise Verweigerung der Genehmigung ist Beschwerde nach § 20 FGG zulässig.

§ 1654

Der Vater hat die Lasten des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens zu tragen. Seine Haftung bestimmt sich nach den für den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung geltenden Vorschriften der §§ 1384 bis 1386, 1388[5])[1]). Zu den Lasten gehören auch die Kosten eines Rechtsstreits, der für das Kind geführt wird, sofern sie nicht dem freien Vermögen zur Last fallen, sowie die Kosten der Verteidigung des Kindes in einem gegen das

Kind gerichteten Strafverfahren, vorbehaltlich der Ersatzpflicht des Kindes im Falle seiner Verurteilung[2]) [3]) [4]).

E I 1531 Abs 1 II 1545 M 4, 788 P 4, 581.

1. **Der Gewalthaber** hat als Nutznießer ebenso wie der Nießbraucher und der nutznießungsberechtigte Ehemann (§§ 1384—1386) die **Lasten zu tragen,** die nach wirtschaftlichen Grundsätzen aus den Nutzungen zu bestreiten sind. Hierher gehören: a) die durch Gewinnung der Nutzungen entstehenden Kosten, worunter auch die Betriebskosten fallen (§ 1384, vgl. §§ 102 und 1047 A 1); b) die Erhaltungskosten nach Maßgabe der §§ 1384, 1041, 1043, 1068, also mit Ausschluß der außergewöhnlichen Ausbesserungs- und Erneuerungskosten. Zu den Erhaltungskosten im weiteren Sinne sind auch die Versicherungskosten zu rechnen, die dem Nutznießer uneingeschränkt zur Last fallen, auch in dem Falle, daß er nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft (§ 1045) nicht zur Versicherung verpflichtet war (§ 1385 Nr 3); c) die öffentlichen Lasten mit Ausnahme derjenigen außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert gelegt anzusehen sind, wie dies z. B. bei der Erbschaftssteuer der Fall ist (§ 1385 Nr 1). Um nicht im Gegensatz zu der bei den Lasten festgehaltenen Begrenzung hier zu einer schrankenlosen Belastung des Nutznießers zu gelangen, ist der Begriff der öffentlichen Last auf diejenigen Abgaben und abgabeähnlichen Leistungen zu beschränken, die an den Staat, die Gemeinde oder öffentliche Verbände zu entrichten sind (Steuern, Armenlasten, Schullasten, Wegebaukosten, Deichlasten, Arbeiterversicherungsbeiträge usw.), so daß die im polizeilichen Interesse auferlegten Leistungen nicht hierunter fallen (a. A. Schultzenstein, ArchBürgR 29, 168 ff.; vgl. Blume das. 30, 1 ff.;) d) die privatrechtlichen Lasten (§ 1385 Nr 2) einschließlich der Zinsen und der bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Nutzungen zu bestreitenden wiederkehrenden Leistungen, auch die von dem Kinde in Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht zu leistenden Beträge (§ 1386).

2. Aus der Anwendbarkeit des § 1388 folgt, daß die Verpflichtung des Gewalthabers zur Tragung der Lasten nicht bloß dem Kinde, sondern auch **den Gläubigern gegenüber** besteht und zwar haftet er neben dem Kinde als Gesamtschuldner. Auch betreffs der zu 1c bezeichneten öffentlichen Lasten ist diese Haftung des Gewalthabers als eine privatrechtliche, nicht als eine öffentlichrechtliche aufzufassen.

3. Zu den unter 1 aufgeführten Lasten kommen hinzu die **Prozeßkosten** und die **Kosten der Verteidigung** (nicht bloß des Verteidigers). Die in § 1416 Abs 2 aufgestellte Beschränkung, daß die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten sein muß, ist in § 1654 nicht übernommen, weil über die Prozeßführung (abgesehen von der Führung des Rechtsstreits durch einen für das Kind bestellten Pfleger oder durch das insoweit prozeßfähige Kind) und die Verteidigung (abgesehen von der durch § 140 StPO angeordneten notwendigen Verteidigung) der Gewalthaber selbst zu bestimmen hat. Soweit das Kind selbst nach §§ 112. 113 in Vbn. mit § 52 Abs 1 ZPO prozeßfähig ist, sind Angelegenheiten des freien Vermögens (vgl. A 4) in Frage. In dem gleichen Umfange, in dem der Gewalthaber die Prozeßkosten zu tragen hat, ist er auch erforderlichenfalls zur vorschußweisen Entrichtung verbunden. Die Kosten der Verteidigung kann er, wenn das Kind rechtskräftig verurteilt wird, von diesem zurückverlangen. Desgleichen hat das Kind, wenn es in einem zwischen ihm und dem Gewalthaber geführten Rechtsstreit unterliegt, die Prozeßkosten zu erstatten (§§ 1660, 1416 Abs 1). Wegen der Verwaltungskosten s. § 1648 A 2. Die Pflicht der Eltern und damit auch des Gewalthabers zur Unterhaltung des Kindes kann, da diese Pflicht von dem Bestehen einer Nutznießung unabhängig ist, nicht als Last der Nutznießung bezeichnet werden.

4. **Begrenzung der Haftung.** Die Verpflichtung zur Tragung der unter 1 und 2 bezeichneten Lasten ist nicht durch den Betrag der Nutzungen begrenzt. Übersteigen die Lasten die Nutzungen, so kann sich der Gewalthaber ihrer nur erwehren, wenn er auf die Nutznießung verzichtet (§ 1662). Ist ein der Nutznießung unterworfenes Vermögen überhaupt nicht vorhanden, so entfällt damit die Pflicht zur Lastentragung (vgl. OLG 7, 73). Die Lasten liegen ferner dem Gewalthaber insoweit nicht ob, als sie, was von diesem nachzuweisen ist, das freie Vermögen betreffen. Wird durch die Last sowohl das freie als das nichtfreie Vermögen betroffen, so hat eine verhältnismäßige Teilung einzutreten. Die dem Kinde zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht obliegenden Leistungen berühren an sich das freie Vermögen nicht (vgl. A 1d). Soweit aber durch Hinzurechnung des für die Leistungsfähigkeit mit in Betracht zu ziehenden freien Vermögens (anders im Falle des § 1708 Abs 1, wo es auf die Leistungsfähigkeit nicht ankommt) eine Erhöhung der Unterhaltsleistungen eintritt, braucht der Gewalthaber hierfür, da die Mehrleistungen dem freien Vermögen zur Last fallen, nicht aufzukommen. Die Kosten eines in persönlichen Angelegenheiten des Kindes geführten Prozesses müssen, da diese zu dem freien Vermögen keine Beziehung haben, von dem Gewalthaber getragen werden.

5. Hinsichtlich der **zeitlichen Begrenzung** gilt der Grundsatz des § 103, daß die regelmäßig wiederkehrenden Lasten nach Verhältnis der Zeit, für welche sie zu entrichten sind, zu der auf diesen Zeitraum entfallenden Dauer der Nutznießung, andere Lasten insofern, als sie während der Dauer der Nutznießung fällig geworden sind, von dem Gewalthaber zu tragen sind. Ein in dieser Zeit fällig gewordener Vorschuß ist gleichfalls von dem Gewalthaber zu entrichten, wobei ihm jedoch der Anspruch auf Ausgleichung nach Maßgabe des § 103 vorbehalten bleibt.

§ 1655

Gehört zu dem der Nutznießung unterliegenden Vermögen ein Erwerbsgeschäft, das von dem Vater im Namen des Kindes betrieben wird, so gebührt dem Vater nur der sich aus dem Betrieb ergebende jährliche Reingewinn[1]). Ergibt sich in einem Jahre ein Verlust, so verbleibt der Gewinn späterer Jahre bis zur Ausgleichung des Verlustes dem Kinde[2]).

E I 1527 Abs 1 II 1546 M 4, 782 P 4, 578; 5, 144.

1. Die **Nutznießung am Erwerbsgeschäft** (vgl. § 112 A 2) ist in der Weise gestattet, daß der Gewalthaber nicht die Nutzungen unter der Verpflichtung zur Bestreitung der Lasten eigentümlich erwirbt, sondern nur auf den nach Abzug der Geschäftsunkosten verbleibenden jährlichen Reingewinn Anspruch hat. Statt des dinglichen Rechts ist ihm nur ein obligatorischer Anspruch auf Ausantwortung des bei der Abrechnung festgestellten Reingewinnes gegeben, was den Vorteil bietet, daß die Gläubiger des Gewalthabers nicht durch Pfändung der Nutzungen störend eingreifen können. Die Übertragung und Pfändung des Anspruchs ist nach § 1658 Abs 2 und § 862 ZPO (vgl. § 1658 A 1 und 2) erst zulässig, nachdem durch die Abrechnung die Fälligkeit des Anspruchs herbeigeführt ist. Damit dürfte indes, wenn die Abrechnung schuldhaft verzögert ist, die Übertragung oder Pfändung nicht ausgeschlossen sein.

2. Der **Reingewinn wird ermittelt** durch eine nach kaufmännischen Grundsätzen aufzustellende Bilanz. Bei Bewertung der Vermögensposten sind die geschäftsüblichen Abschreibungen zu machen. Eine Zusammenrechnung des Geschäftsergebnisses mehrerer Jahre findet insofern statt, als der Verlust des einen Jahres durch den Gewinn der späteren Jahre auszugleichen ist.

§ 1656

Steht dem Vater die Verwaltung des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens nicht zu, so kann er auch die Nutznießung nicht ausüben; er kann jedoch die Herausgabe der Nutzungen verlangen, soweit nicht ihre Verwendung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Vermögens und zur Bestreitung der Lasten der Nutznießung erforderlich ist[1]).

Ruht die elterliche Gewalt des Vaters oder ist dem Vater die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes durch das Vormundschaftsgericht entzogen, so können die Kosten des Unterhalts des Kindes aus den Nutzungen insoweit vorweg entnommen werden, als sie dem Vater zur Last fallen[2]).

E I 1532 II 1547 M 4, 789 P 4, 551 u. 582; 6, 327.

1. **Steht dem Gewalthaber die Vermögensverwaltung nicht zu** — wie im Falle der §§ 1630 Abs 2, 1638, 1647, 1665, 1666 Abs 2, 1670, 1678, 1685 Abs 1, 1693 —, so wird dadurch zwar sein Nutznießungsrecht nicht beeinträchtigt. Wohl aber ist ihm die Verwaltung auch insoweit genommen, als sie zur Ausübung des Nutznießungsrechts dient. Es ist Sache des zur Fürsorge für das Vermögen Berufenen, die Nutzungen zu ziehen und hieraus die dem Nutznießer obliegenden Lasten sowie die sonstigen zur ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung erforderlichen Ausgaben zu bestreiten. Der Gewalthaber hat deshalb auch nicht das Recht, die Nutzungen selbst in Besitz zu nehmen, sondern nur einen mit Ablauf des Geschäftsjahres fälligen und erst von dieser Zeit an übertragbaren und pfändbaren (§ 1658 Abs 2, § 862 Abs 1 ZPO) Anspruch auf Herausgabe des Überschusses der Nutzungen, womit ihm indes das dingliche Recht an den Nutzungen nicht entzogen ist (bestr.).

2. Die zur Bestreitung des Unterhalts des Kindes von dem Gewalthaber aufzubringenden Kosten gehören nicht zu den von dem Nutznießer zu tragenden Lasten (§ 1654 A 3). Sie können deshalb bei Ablieferung der Nutzungen an den Gewalthaber nicht in Abzug gebracht werden. Dagegen ist die **Vorwegnahme der Unterhaltskosten** gestattet, wenn dem Gewalthaber auch die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht (vgl. §§ 1666 Abs 1, 1676 bis 1678). Es steht jedoch im Ermessen des Pflegers oder (bei ruhender elterlicher Gewalt) des Vormundes, von einem solchen Abzuge abzusehen.

§ 1657

Ist der Vater von der Ausübung der Nutznießung ausgeschlossen, so hat er eine ihm dem Kinde gegenüber obliegende Verbindlichkeit, die infolge der Nutznießung erst nach deren Beendigung zu erfüllen sein würde, sofort zu erfüllen. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn die elterliche Gewalt ruht[1]).

E I 1533 II 1548 M 4, 789 P 4, 582.

1. Eine weitere Änderung erfährt das Recht der Nutznießung, wenn die Verwaltung dem Gewalthaber durch Anordnung des Vormundschaftsgerichts oder infolge Konkurseröffnung (vgl. § 1656 A 1) verloren geht oder er durch Anordnung des zuwendenden Dritten (§ 1638) von der Verwaltung ausgeschlossen ist. In diesen Fällen — nicht auch im Falle des Ruhens der elterlichen Gewalt (§§ 1676, 1677) — soll der Gewalthaber im Interesse der endgültigen Auseinandersetzung mit dem Kinde verpflichtet sein, diejenigen Beträge, die er sonst erst bei Beendigung der Nutznießung zu ersetzen haben würde, dem Kinde **sofort zu ersetzen.** Es kommt hier in Betracht die Verpflichtung des Gewalthabers zum Ersatze des Wertes von ihm verbrauchter oder veräußerter verbrauchbarer Sachen (§ 1653), die Verpflichtung zum Ersatze des Wertes der im Übermaß gezogenen Früchte (§§ 1652, 1039 Abs 1) und die Verpflichtung aus der Übernahme des zum Schätzungswerte zurückzugewährenden Inventars, sofern eine solche Übernahme zwischen dem Gewalthaber und dem Kinde vereinbart ist (§§ 1652, 1048 Abs 2, 588, 589).

§ 1658

Das Recht, das dem Vater kraft seiner Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zusteht, ist nicht übertragbar[1]).

Das Gleiche gilt von den nach den §§ 1655, 1656 dem Vater zustehenden Ansprüchen, solange sie nicht fällig sind[2]).

E I 1534 II 1549 M 4, 793 P 4, 582; 5, 144.

1. Die Nutznießung steht dem Gewalthaber nur in seiner Stellung als Inhaber der elterlichen Gewalt zu und kann von dieser Stellung nicht losgelöst werden. Es ergibt sich hieraus die **Unübertragbarkeit des Nutznießungsrechts**, die indes nicht ausschließt, daß die Nutznießung der Ausübung nach unentgeltlich oder entgeltlich (vgl. § 1059 A 1) übertragen werden kann. Dagegen bedeutet die in § 862 Abs 1 ZPO ausgesprochene Unpfändbarkeit, daß die Nutznießung auch nicht der Ausübung nach gepfändet werden kann. Pfändbar sind nach §§ 862 Abs 2, 861 ZPO die kraft der Nutznießung erworbenen Früchte, jedoch nur mit der Beschränkung, daß vorweg die dem Nutznießer nach § 1654 obliegenden Leistungen gedeckt sein müssen, und mit der weiteren Beschränkung, daß auch das zur Bestreitung des eigenen standesgemäßen Unterhalts des Gewalthabers und das zur Erfüllung der ihm obliegenden gesetzlichen Unterhaltspflichten — mit Ausnahme des Unterhalts des unehelichen Kindes des Vaters — Erforderliche in Abzug zu bringen ist. Soweit die Unpfändbarkeit reicht, fallen die zur Zeit der Konkurseröffnung von dem Gewalthaber bereits erworbenen Früchte nicht in dessen Konkursmasse (§ 1 KO). Die Veräußerung der erworbenen Früchte ist durch § 1658 nicht beschränkt.

2. Die nach §§ 1655, 1656 **aus der Nutznießung sich ergebenden Ansprüche** bilden einen Bestandteil des Nutznießungsrechts und sind daher diesem in bezug auf Unübertragbarkeit und Unpfändbarkeit gleichgestellt. Der mit der Fälligkeit von dem Gewalthaber erworbene Anspruch steht in bezug auf Übertragbarkeit und das Maß der Pfändbarkeit (§§ 862 Abs 2, 861 ZPO) den erworbenen Früchten gleich (vgl. A 1).

§ 1659

Die Gläubiger des Kindes können ohne Rücksicht auf die elterliche Nutznießung Befriedigung aus dem Vermögen des Kindes verlangen[1]).

Hat der Vater verbrauchbare Sachen nach § 1653 veräußert oder verbraucht, so ist er den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatze verpflichtet[2]).

E I 1528 II 1550 M 4, 793 P 4, 580.

1. Der Gewalthaber muß die **Befriedigung der Gläubiger des Kindes** aus dem seiner Nutznießung unterworfenen Kindesvermögen sich gefallen lassen, ohne Unterschied, ob die Forderung vor oder erst nach Beginn der Nutznießung entstanden ist, ob sie auf einem von ihm selbst für das Kind abgeschlossenen Rechtsgeschäft beruht oder ob das Rechtsgeschäft

von einem andern gesetzlichen Vertreter des Kindes oder dem nach §§ 112, 113 geschäftsfähigen Kinde geschlossen ist. Es steht ihm ein Nutznießungsrecht an dem Vermögen nur zu in dem Zustande, in welchem es sich durch die für das Kind geführte Verwaltung und die hieraus oder aus unerlaubter Handlung entspringenden Verbindlichkeiten jeweilig befindet. In seiner Eigenschaft als bloßer Nutznießungsberechtigter kann er weder gegen die Art der Verwaltung, noch gegen die Schuldenbelastung Widerspruch erheben. Nicht er, sondern nur das Kind kann den Pfleger wegen schlechter Verwaltung ersatzpflichtig machen. Doch ist ihm die Befugnis nicht zu versagen, Anträge dieserhalb bei dem Vormundschaftsgericht zu stellen und bei Ablehnung des Antrags Beschwerde zu führen. Zur Zwangsvollstreckung in das seiner Nutznießung unterliegende Vermögen genügt ein gegen das Kind erlassenes Urteil, ohne daß er zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt zu sein braucht (§ 746 ZPO).

2. Nach § 1653 hat der Gewalthaber den Wert der veräußerten oder verbrauchten verbrauchbaren Sachen schon vor Beendigung der Nutznießung zu ersetzen, wenn die ordnungsmäßige Verwaltung des Vermögens es erfordert. Dieser Fall wird als gegeben angesehen, wenn die Gläubiger des Kindes den **Ersatzanspruch** (indem sie ihn pfänden lassen) für sich in Anspruch nehmen. Von dem Gewalthaber kann nicht der Einwand erhoben werden, daß die Gläubiger in der Lage seien, sich in anderer Weise aus dem Kindesvermögen zu befriedigen. Das gleiche Recht wird den Gläubigern einzuräumen sein hinsichtlich der Verpflichtung des Gewalthabers, den Wert der im Übermaß (also über die Nutzungsbefugnis hinaus) gezogenen Früchte zu ersetzen.

§ 1660

Im Verhältnisse des Vaters und des Kindes zueinander finden in Ansehung der Verbindlichkeiten des Kindes die für den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung geltenden Vorschriften des § 1415, des § 1416 Abs. 1 und des § 1417 entsprechende Anwendung[1][2].

E I 1530 II 1551 M 4, 788 P 4, 581.

1. Nach den für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften der §§ 1415, 1416 Abs 1 fallen im **Verhältnis zwischen dem Gewalthaber und dem Kinde** die Verbindlichkeiten (einschließlich der Prozeßkosten) aus einem auf das freie Vermögen des Kindes sich beziehenden Rechtsverhältnis (vgl. § 1651 und wegen der Unterhaltsleistungen § 1654 A 4) dem freien Vermögen zur Last, ebenso die Verbindlichkeiten des Kindes aus einer unerlaubten Handlung, da hierdurch die Nutznießung des Gewalthabers nicht geschädigt werden darf, und die Kosten eines zwischen dem Kinde und dem Gewalthaber geführten Rechtsstreits, in dem die Kosten endgültig dem Kinde auferlegt sind (§ 1654 A 3).

2. Die **Gläubiger** des Kindes sind durch die vorstehenden Bestimmungen **nicht gehindert,** nach ihrer Wahl **das freie oder das nichtfreie Vermögen des Kindes in Anspruch zu nehmen.** Es muß deshalb, wenn sie das nichtfreie Vermögen angreifen, obschon das freie Vermögen haftet, und ebenso im umgekehrten Falle gemäß § 1417 eine Ausgleichung zwischen den beiden Vermögensmassen, soweit der Bestand der verpflichteten Masse reicht, stattfinden vorbehaltlich der Schadensersatzpflicht des gesetzlichen Vertreters, der die Ausgleichung schuldhaft unterlassen hat. Eine Ausgleichung wird auch nötig, falls ohne Zutun des Gläubigers eine Verbindlichkeit nicht aus derjenigen Vermögensmasse, der sie zur Last fällt, sondern aus der andern Masse berichtigt ist.

§ 1661

Die Nutznießung endigt, wenn sich das Kind verheiratet[1]. Die Nutznießung verbleibt jedoch dem Vater, wenn die Ehe ohne die erforderliche elterliche Einwilligung geschlossen wird[2].

E I 1536 II 1552 M 4, 795 P 4, 583.

1. Durch die **Verheiratung des Kindes** wird die Beendigung der Nutznießung nur herbeigeführt, wenn die Ehe eine gültige ist. Die Ungültigkeit einer formell bestehenden Ehe (die in gehöriger Form eingegangen oder doch wenigstens in das Heiratsregister eingetragen ist) kann aber nur im Wege der Nichtigkeitsklage oder Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Die Erhebung der Nichtigkeitsklage steht gemäß § 632 ZPO auch dem Gewalthaber zu. Ist die Ehe rechtskräftig für nichtig erklärt, so ist damit auch das Fortbestehen der Nutznießung mit rückwirkender Kraft — unbeschadet des Schutzes des redlichen Dritten gemäß der entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 1344 — festgestellt.

2. Die **mangelnde Einwilligung des Elternteils** (§§ 1305—1308) hat zwar nicht die Ungültigkeit der Ehe zur Folge — vgl. § 1331, wonach nur die mangelnde Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ein Anfechtungsgrund ist — wohl aber die Wirkung, daß die Nutznießung dem Gewalthaber nicht verloren geht.

§ 1662

Der Vater kann auf die Nutznießung verzichten[1]. Der Verzicht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsgerichte; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben[2] [3].

E I 1537 II 1553 M 4, 796 P 4, 583.

1. Der **Verzicht auf die Nutznießung** ist, da es sich um ein dem Gewalthaber im eigenen Interesse gegebenes Recht handelt, zulässig. Durch den Verzicht wird der Gewalthaber zugleich von den in § 1654 bezeichneten Lasten frei, da dies Verpflichtungen sind, die dem Gewalthaber nicht als solchem, sondern nur kraft des Nutznießungsrechts obliegen (§ 1654 A 4). Dagegen kann sich der Gewalthaber der Verpflichtung zur Tragung der Lasten, die auf bestimmten Gegenständen ruhen, nicht dadurch entziehen, daß er die Nutznießung an diesen Gegenständen aufgibt. Ein Verzicht auf die Nutznießung an einzelnen Gegenständen — der dem beschränkt geschäftsfähigen Kinde oder dem für das geschäftsunfähige Kind zu bestellenden Pfleger zu erklären ist (vgl. §§ 1064, 1072, 107) — ist nur in dem Sinne möglich, daß die Nutzungen dem Kinde überlassen werden (bestr.).

2. Der Verzicht auf die Nutznießung erfolgt ebenso wie der Verzicht auf den Nießbrauch (§§ 1064, 1072) durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung. Die Erklärung ist **gegenüber dem Vormundschaftsgericht** abzugeben, das in dieser Beziehung als Vertreter des Kindes erscheint. Mit Rücksicht auf die Wichtigkeit, die der das Familiengüterrecht ändernde Verzicht für dritte Personen, insbesondere die Gläubiger des Gewalthabers hat, ist öffentliche Beglaubigung der Erklärung (§ 129) vorgeschrieben. Wegen der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts vgl. Vorbem 4b vor § 1773.

3. Der von dem Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt erklärte Verzicht auf die Nutznießung hat **gegenüber der Mutter**, wenn diese später in den Besitz der elterlichen Gewalt gelangt, **keine Wirksamkeit**. Der Mutter steht ein eigenes Recht, nicht ein von dem Vater abgeleitetes Recht der elterlichen Gewalt zu. Dies gilt auch dann, wenn die Mutter gemäß § 1685 Abs 2 nach Auflösung der Ehe durch Übertragung der Ausübung der elterlichen Gewalt die Nutznießung erlangt (a. A. Planck A 7; Staudinger A 6).

§ 1663

Hat der Vater kraft seiner Nutznießung ein zu dem Vermögen des Kindes gehörendes Grundstück vermietet oder verpachtet, so finden, wenn das Miet- oder Pachtverhältnis bei der Beendigung der Nutznießung noch besteht, die Vorschriften des § 1056 entsprechende Anwendung[1].

Gehört zu dem der Nutznießung unterliegenden Vermögen ein landwirtschaftliches Grundstück, so findet die Vorschrift des § 592, gehört zu dem Vermögen ein Landgut, so finden die Vorschriften der §§ 592, 593 entsprechende Anwendung[2].

E I 1520, 1008, 1009 II 1554 M 4, 776 P 4, 576.

1. Nach § 1056 kann der Nießbraucher kraft seines Nießbrauchsrechts ein **Grundstück** auch **über die Nießbrauchszeit hinaus** unter Überlassung des Besitzes **vermieten** oder **verpachten**, so jedoch, daß der Eigentümer berechtigt ist, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen vierteljährlichen bezw. halbjährlichen Kündigung (§§ 565, 595) bis zum Ablaufe der von dem Mieter oder Pächter gesetzten Erklärungsfrist (§ 1056 Abs 3) zu kündigen und daß er in die Verpflichtungen aus dem Vertrage mit selbständiger Berechtigung nach Maßgabe der §§ 571, 572, 573 Satz 1, 574 bis 576 und 579 eintritt. In gleicher Weise ist durch § 1663 das Rechtsverhältnis zwischen dem Kinde als Eigentümer des von dem Gewalthaber vermieteten oder verpachteten Grundstücks und dem Mieter oder Pächter für die Zeit nach Beendigung der Nutznießung geregelt. Hat der Gewalthaber nicht für sich kraft seines Nutznießungsrechts, sondern für das Kind kraft seines Verwaltungsrechts vermietet oder verpachtet, was regelmäßig anzunehmen ist, wenn er den Vertrag im Namen des Kindes geschlossen hat, so ist § 1663 nicht anwendbar. Es bedarf dann aber, wenn der Vertrag über das 21. Lebensjahr des Kindes fortdauern soll, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§§ 1643 Abs 1, 1822 Nr 5).

2. Für die **Auseinandersetzung bei Beendigung der Nutznießung** hinsichtlich der Bestellungskosten für die noch ungetrennten Früchte sowie hinsichtlich der Zurücklassung landwirtschaftlicher Erzeugnisse eines Landguts und der hierfür zu gewährenden Vergütung sind in Übereinstimmung mit der für den Nießbrauch geltenden Vorschrift des § 1055 Abs 2 die Bestimmungen der §§ 592 und 593 für maßgebend erklärt. Die Anwendbarkeit des § 591 erübrigt sich, da die Pflicht zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung schon aus der Verwaltungspflicht des Gewalthabers folgt.

§ 1664

Der Vater hat bei der Ausübung der elterlichen Gewalt dem Kinde gegenüber nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[1]).

E I 1503, 1696 Abs 1 II 1555 M 4, 745 P 4, 536 u. 561.

1. Bei Erfüllung der auf dem Gebiete der Sorge für das Vermögen und der Sorge für die Person des Kindes ihm obliegenden Pflichten hat der Gewalthaber **die in eigenen Angelegenheiten gewohnte Sorgfalt** zu betätigen, mindestens aber für grobe Fahrlässigkeit einzustehen (§ 277). Die Anwendung einer größeren Sorgfalt können die Kinder, die mit den Eltern auch sonst dasselbe Geschick teilen, nicht verlangen. Wird der Gewalthaber wegen Verletzung seiner Pflichten von dem Kinde in Anspruch genommen, so liegt diesem der Nachweis ob, daß im gegebenen Falle der Gewalthaber eine bestimmte Pflicht zu erfüllen hatte (**RG** 21. 9. 05 IV 142/05). Darüber, daß er bei Erfüllung dieser Pflicht die in eigenen Angelegenheiten gewohnte Sorgfalt beobachtet hat, hat dann der Gewalthaber sich auszuweisen (vgl. M 4, 748; **RG** Gruch 50, 1028; a. A. Blume A 4). Derartige Ersatzansprüche werden von dem Kinde regelmäßig erst nach Erreichung der Volljährigkeit erhoben werden. Bis dahin ist die Verjährung nach § 204 gehemmt. Ist schon vorher zur Verhütung einer Benachteiligung des Kindes die Durchführung des Ersatzanspruchs nötig, so hat das Vormundschaftsgericht dem Kinde einen Pfleger zu bestellen (§ 1628). Vgl. im übrigen die Erläuterung zu § 1833. — Über die Haftung des Gewalthabers gegenüber dritten Personen s. § 1631 A 2.

§ 1665

Ist der Vater verhindert, die elterliche Gewalt auszuüben, so hat das Vormundschaftsgericht, sofern nicht die elterliche Gewalt nach § 1685 von der Mutter ausgeübt wird, die im Interesse des Kindes erforderlichen Maßregeln zu treffen[1])[2]).

E I 1544 II 1556 Abs 1 M 4, 802 P 4, 552 u. 617.

1. Bei tatsächlicher oder rechtlicher **Verhinderung des Gewalthabers** hat das Vormundschaftsgericht — worin eine Beeinträchtigung des Rechts der elterlichen Gewalt nicht enthalten ist — selbsttätig in Vertretung des Kindes die in dessen Interesse erforderlichen Maßregeln zu treffen oder dem Vertretungsbedürfnis durch Bestellung eines Pflegers abzuhelfen. Eine Verhinderung ist nicht schon bei zeitweiliger Abwesenheit anzunehmen, so z. B. nicht in dem Falle, daß der Gewalthaber durch Berufsgeschäfte gezwungen ist, bei Tage vom Hause fern zu bleiben **RG** 7. 5. 03 IV 16/03. Die Sachlage muß eine solche sein, daß der Gewalthaber als verständig denkender Mann zur Ergreifung weiterer Maßnahmen Anlaß haben würde und hieran durch Abwesenheit, Krankheit usw. verhindert ist. Trotz Bestellung eines Bevollmächtigten kann Verhinderung vorliegen, wenn die Sachlage sich inzwischen verändert hat, wenn insbesondere Anlaß zum Widerruf der Vollmacht vorhanden ist. Unter Umständen kann eine Verhinderung in der Geschäftsungewandtheit gefunden werden, wie z. B. in dem Falle, daß dem Kinde ein über die Verhältnisse des Gewalthabers weit hinausgehendes Vermögen angefallen ist (Habicht in Gruch 42, 434). Keinen Grund zum Einschreiten hat das Vormundschaftsgericht, wenn an Stelle des verhinderten Vaters die Mutter nach § 1685 zur Ausübung der elterlichen Gewalt berufen ist. Nicht § 1665, sondern § 1846 ist anwendbar, wenn infolge Ruhens der elterlichen Gewalt eine Bevormundung nötig wird.

2. Darüber, ob und welche Maßregel angemessen erscheint, hat das Vormundschaftsgericht nach **freiem Ermessen** zu befinden. Die Rechtsgültigkeit der von ihm vorgenommenen Handlung kann nicht schon um deswillen angefochten werden, weil von dem Ermessen ein unrichtiger Gebrauch gemacht ist. Über die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts vgl. Vorbem 4 b vor § 1773. Gegen die Ablehnung oder Aufhebung einer Anordnung aus § 1665 kann nach § 57 Nr. 8 FGG von den Verwandten oder Verschwägerten des Kindes Beschwerde erhoben werden.

§ 1666

[1]) **Wird das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet[3]), daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht[2]), so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen[4]). Das Vormundschaftsgericht kann insbesondere anordnen, daß das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder einer Besserungsanstalt untergebracht wird[4]).**

Hat der Vater das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletzt und ist für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen, so kann dem Vater auch die Vermögensverwaltung sowie die Nutznießung entzogen werden[5]).

E I 1546 II 1557 M 4, 803 P 4, 619 ff., 654 ff.

1. **Allgemeines.** Die Aufsichtsgewalt des Vormundschaftsgerichts tritt zutage, wenn durch das pflichtverletzende Verhalten des Gewalthabers (des für die Person des Kindes fürsorgeberechtigten Elternteils) eine Gefährdung des Kindes herbeigeführt ist. Das Vormundschaftsgericht — dem der Gemeindewaisenrat nach § 1675 von einem solchen Falle Nachricht zu geben hat — hat dann unter Einschränkung des Rechts des Gewalthabers die zum Schutze des Kindes (zur Abwendung der Gefahr) erforderlichen Anordnungen zu treffen und durchzuführen. Gegen die Anordnung steht nach dem allgemeinen Grundsatz des § 20 FGG dem Gewalthaber, gegen die Ablehnung oder Aufhebung einer solchen Anordnung — was nicht bloß für § 1666, sondern auch für § 1665 und 1667 gilt — den Verwandten und Verschwägerten des Kindes das Recht der Beschwerde zu (§ 57 Nr. 8 FGG; vgl. auch über die vorgängige Anhörung dieser Personen und des Gewalthabers § 1673). Bei einer Entscheidung in einer die Person des Kindes betreffenden Angelegenheit ist außerdem nach § 57 Nr 9 das. jeder Beteiligte beschwerdeberechtigt. Die von ihm getroffenen Anordnungen kann das Vormundschaftsgericht — das in dringenden Fällen auch eine einstweilige Anordnung erlassen kann (RJA 1, 92) — jederzeit ändern. Darüber, daß die Bestellung eines Pflegers in dem Verfahren aus §§ 1666 ff. nicht notwendig ist, s. Vorbem 4 vor § 1616. Die Kosten (Auslagen) des Verfahrens fallen vorbehaltlich der Ersatzpflicht des Gewalthabers aus § 1664 dem Kinde zur Last (bestr.).

2. Voraussetzung des Einschreitens des Vormundschaftsgerichts ist nach § 1666, daß der Gewalthaber die ihm obliegenden **Pflichten** auf dem Gebiete **der Sorge für die Person des Kindes verletzt** hat und daß ihm dies als Verschulden anzurechnen ist (a. A. Blume A 1). Ein Verschulden wird aber schon dann anzunehmen sein, wenn er, trotzdem ihm das Verkehrte seiner Handlungsweise klargemacht ist, aus Eigensinn dabei beharrt. Ist der Gewalthaber geisteskrank oder in so hohem Maße geschäftsungewandt, daß er die Verhältnisse nicht übersehen kann, so greifen die Bestimmungen des § 1676 (Ruhen der elterlichen Gewalt) und § 1665 (Verhinderung des Gewalthabers) Platz. Die Verletzung der Pflichten kann darin bestehen, daß der Gewalthaber das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, also eine bestimmte pflichtwidrige Handlung vornimmt, oder darin, daß er das Kind vernachlässigt, also die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten unterläßt. Unter Mißbrauch fällt die Verleitung zum Bösen, Einprägung unsittlicher oder vaterlandsverräterischer Grundsätze, die Überschreitung des Züchtigungsrechts, die ungerechtfertigte Ausnutzung der Arbeitskraft des Kindes, Vorbereitung zu einem ungeeigneten Berufe oder Beschäftigung hierin, ungehörige Einwirkung in religiöser Hinsicht auf das religionsmündige Kind (OLG 7, 419), willkürliche Versagung der Einwilligung zur Heirat (OLG 9, 444) usw. Als Mißbrauch ist es anzusehen, wenn der Gewalthaber sein Kind beharrlich anhält, sich der Ordnung der Schule offen zu widersetzen (KGJ 33 A 14). Ein Mißbrauch kann auch darin liegen, daß der Adoptivvater das Kind von dem Verkehr mit den leiblichen Eltern — wenn schon diese kein Recht hierauf haben — in ungehöriger Weise vollständig fern hält (**RG** 64, 52). Einer Vernachlässigung des Kindes macht der Gewalthaber sich schuldig, wenn er nicht genügend für seine sittliche und geistige Ausbildung oder seine Gesundheit sorgt, es nicht zum Schulbesuch anhält, seinen schlechten Neigungen nicht mit der nötigen Strenge entgegentritt, es nicht gegen schädliche Einwirkungen dritter Personen schützt, wenn er seine Einwilligung zur Aufnahme des nicht vollsinnigen Kindes zur Aufnahme in eine für solche Personen bestimmte Anstalt trotz Sicherstellung der Mittel verweigert (KGJ 36 A 10) und dergleichen. Eine Vernachlässigung kann auch darin gefunden werden, daß er seinem Sohne die zum Universitätsstudium oder zum Besuch einer Hochschule erforderlichen Mittel vorenthält, wenn

der Sohn dadurch gezwungen sein würde, in einer seinen geistigen Fähigkeiten, der sozialen Stellung der Familie und den Vermögensverhältnissen des Gewalthabers nicht entsprechenden Stellung zu bleiben (OLG 1, 450). Eine Vernachlässigung ist es ferner, wenn der Gewalthaber es an der nötigen religiösen Erziehung fehlen läßt, in welcher Beziehung die landesrechtlichen Vorschriften maßgebend sind (Art 134 EG; vgl. § 1631 A 1). Als allgemeiner Grundsatz aber ist anzuerkennen, daß der Gewalthaber nicht das Recht hat, auch nicht, wenn er konfessionslos ist, das Kind ohne Unterweisung in der Glaubenslehre einer bestimmten vom Staate anerkannten Konfession zu lassen. Diese Unterweisung ist notwendig, damit das Kind nach erreichter Religionsmündigkeit selbst in der Lage ist, sich zu entscheiden, welchem Bekenntnis es angehören will. Eine Verletzung der Pflichten gegenüber dem Kinde ist endlich darin zu sehen, daß der Gewalthaber sich eines unsittlichen oder ehrlosen Verhaltens schuldig macht (vgl. die ähnliche Regelung in § 1568). Die Verfehlung beruht darauf, daß durch dieses Verhalten eine ungünstige Einwirkung auf das Kind geübt wird. Es bleibt daher zu prüfen, ob nach Lage der Verhältnisse und mit Rücksicht auf das jugendliche Alter des Kindes eine solche Beeinflussung möglich ist.

3. Zu der Pflichtverletzung muß hinzukommen, daß **das geistige** (sittliche) **oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet** ist. Nicht nötig ist, daß es bereits zu einer Schädigung des Kindes, zu einer sittlichen Verwahrlosung gekommen ist. Dieser Gefahr soll von vornherein vorgebeugt werden. Die Gefahr muß aber eine gegenwärtige und zwar in solchem Maße vorhanden sein, daß bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes sich mit ziemlicher Sicherheit vorhersehen läßt. Eine Gefährdung wird deshalb, wenn es sich um einen einzelnen abgeschlossenen Vorgang handelt, regelmäßig nicht anzunehmen sein.

4. Die Wahl der **zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln** ist dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts überlassen. Das Vormundschaftsgericht kann soweit gehen, dem Gewalthaber die Sorge für die Person des Kindes zu entziehen, was zur Folge hat, daß zur Ausübung des Rechts der Sorge — das auf die Mutter nicht übergeht (§§ 1684, 1685, RJA 10, 94) — ein Pfleger zu bestellen ist. Mit der Entziehung der Sorge für die Person ist zugleich das Vertretungsrecht in persönlichen Angelegenheiten entzogen. Es fällt dann auch das berechtigte Interesse des Elternteils fort, in persönlichen Angelegenheiten des Kindes gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts nach § 57 Nr 9 FGG Beschwerde zu erheben. Durch die Entziehung verliert der Gewalthaber auch das Recht des Verkehrs mit dem Kinde, welchen Verkehr der Pfleger nach pflichtmäßigem Ermessen, vorbehaltlich des Einschreitens des Vormundschaftsgerichts aus § 1837, zu regeln hat. Meist werden jedoch weniger einschneidende Maßregeln, Gebote oder Verbote, Androhung weiterer Maßnahmen, Verhängung von Ordnungsstrafen, soweit dies landesgesetzlich zulässig ist (vgl. Vorbem 5 vor § 1773), Beschränkung der Sorge für die Person in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht genügen. Zulässig ist insbesondere, wie § 1666 Abs 1 Satz 2 hervorhebt, die Anordnung der Zwangserziehung, deren Art und Dauer innerhalb der Grenze der Volljährigkeit das Vormundschaftsgericht zu bestimmen hat. Die Ausführung der Anordnung kann das Vormundschaftsgericht einem Pfleger übertragen. Es kann aber auch selbst die hierzu erforderlichen Maßnahmen treffen. Die Zwangserziehung kann nur auf Kosten des Kindes durchgeführt werden. Über die Fürsorgeerziehung, die nötigenfalls auf öffentliche Kosten erfolgt, s. Vorbem 5 vor § 1616. Wird von dem Vormundschaftsgericht die Trennung des Kindes von den zu ihrer Erziehung unfähigen Eltern angeordnet, so ist diese Anordnung und die hierdurch herbeigeführte Hilfsbedürftigkeit des Kindes von dem Armenverbande zu beachten, falls nicht etwa die Trennung zum Zwecke einer besonderen Erziehung des Kindes erfolgt, wofür der Armenverband (vgl. § 1 PrAG zum UWG v. 8. 3. 71) keine Aufwendungen zu machen hat (KGJ 36 A 19). Über die weitergehenden Befugnisse des Vormundschaftsgerichts hinsichtlich der Kinder aus einer geschiedenen Ehe und hinsichtlich der Regelung des Verkehrs mit dem Kinde s. § 1635 A 1 und § 1636 A 1. Verfehlungen gegen die Kinder, und zwar auch Verfehlungen gegen die Stiefkinder, insbesondere Mißhandlungen, können zugleich die Bedeutung einer schweren Eheverfehlung haben, die nach § 1568 zur Scheidung berechtigt (RG JW 06, 392[17]; 29. 3. 09 IV 429/08).

5. Die **Nichtgewährung des Unterhalts** stellt sich als eine das leibliche Wohl des Kindes gefährdende Pflichtverletzung dar. Die in A 4 bezeichneten Maßregeln werden jedoch, wenn der Gewalthaber nicht gewillt ist, dem Kinde den nötigen Unterhalt zu gewähren, oder nicht für Beschaffung der Unterhaltsmittel sorgt, meist ohne Wirkung sein. Es ist deshalb dem Vormundschaftsgericht, falls der Unterhalt des Kindes auch für die Zukunft erheblich gefährdet ist, die Befugnis gegeben, außer den Maßregeln des Abs 1 oder statt dieser Maßregeln (KG in RJA 8, 86) dem Gewalthaber die Vermögensverwaltung und Nutznießung zu entziehen, soweit dies zur Sicherung des Unterhalts erforderlich ist. Auch diese Anordnung setzt ein Verschulden des Gewalthabers voraus (bestr.). Eine

schuldhafte Verletzung des Rechts auf Unterhalt kann übrigens unter Umständen auch vorliegen, obwohl das Kind es bisher verstanden hat, die Unterhaltsbedürftigkeit durch eigenen Verdienst abzuwenden (anders anscheinend OLG 9, 445). Ist der Gewalthaber zur Unterhaltsgewährung nicht bereit, so kann es angezeigt sein, auch das Recht der Sorge für die Person des Kindes darin zu beschränken, daß ihm die Verwendung der Unterhaltsmittel entzogen wird.

§ 1667

Wird das Vermögen des Kindes dadurch gefährdet[1]), daß der Vater die mit der Vermögensverwaltung oder die mit der Nutznießung verbundenen Pflichten verletzt oder daß er in Vermögensverfall gerät, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen.

Das Vormundschaftsgericht kann insbesondere anordnen, daß der Vater ein Verzeichnis des Vermögens einreicht und über seine Verwaltung Rechnung legt. Der Vater hat das Verzeichnis mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen. Ist das eingereichte Verzeichnis ungenügend, so findet die Vorschrift des § 1640 Abs. 2 Satz 1 Anwendung. Das Vormundschaftsgericht kann auch, wenn Wertpapiere, Kostbarkeiten oder Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat zu dem Vermögen des Kindes gehören, dem Vater die gleichen Verpflichtungen auferlegen, welche nach den §§ 1814 bis 1816, 1818 einem Vormund obliegen; die Vorschriften der §§ 1819, 1820 finden entsprechende Anwendung[2]).

Die Kosten der angeordneten Maßregeln fallen dem Vater zur Last[3]).

E I 1547 Abs 1, 1549 Abs 1 II 1558 M 4, 807 u. 815 P 4, 553 u. 635; 6, 299.

1. Vgl. über das Verfahren und die Gefährdung § 1666 A 1 und 3. Die **Vermögensgefährdung** des § 1667 muß darin ihren Grund haben, daß der Gewalthaber die ihm kraft der Vermögensverwaltung oder kraft des Nutznießungsrechts obliegenden Pflichten verletzt hat (unerfüllt gelassen hat) oder in Vermögensverfall geraten ist. Ein schuldhaftes Verhalten des Gewalthabers ist hier nicht zu erfordern.

2. Die **zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln**, die nach dem Umfange der Gefahr sich richten, hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen auszuwählen. Der Begriff der Gefahr darf hierbei nicht zu eng begrenzt werden. Das pflichtwidrige Verhalten, das sich in einer Beziehung gezeigt hat, wird leicht auch in andern ähnlichen Beziehungen zutage treten. Abweichend von § 1666 kann das Vormundschaftsgericht nicht sofort die schwerste Maßregel, die Entziehung der Sorge für das Vermögen des Kindes anordnen (§ 1670). Die Maßregeln können darin bestehen, daß dem Gewalthaber bestimmte sachliche Verpflichtungen in bezug auf die Verwaltung (ohne Beschränkung der Verfügungsbefugnis Dritten gegenüber) auferlegt werden oder daß er in gewisser Beziehung einer vormundschaftlichen Aufsicht unterworfen wird. In letzterer Hinsicht kann insbesondere die Verpflichtung zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses und zur Rechnungslegung (§§ 1802, 1840—1843) in vollem oder beschränktem Umfange eingeführt werden, worüber das Vormundschaftsgericht das Nähere zu bestimmen hat. Was die Einreichung des Verzeichnisses betrifft, so ist wegen der Befugnis des Vormundschaftsgerichts, die amtliche Aufnahme des Verzeichnisses anzuordnen, wenn das eingereichte Privatverzeichnis als ungenügend befunden wird, auf die mit § 1802 Abs 3 gleichlautende Bestimmung des § 1640 Abs 2 Satz 1 verwiesen, woraus aber nicht zu folgern ist, daß auch die übrigen Bestimmungen des § 1640 Anwendung finden. Die Beeidigung des Verzeichnisses oder der Rechnung kann das Vormundschaftsgericht nicht anordnen. Dem Gewalthaber kann ferner zur Pflicht gemacht werden, Wertpapiere und Kostbarkeiten nach näherer Anweisung des Vormundschaftsgerichts gemäß §§ 1814 bis 1816, 1818 mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Rückgabe nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zulässig ist, wobei die Hinterlegung durch Umschreibung des Inhaberpapiers in ein Namenspapier ersetzt werden kann. Desgleichen kann angeordnet werden, daß der Gewalthaber das Kindergeld bei einer Sparkasse unter Sperrvermerk verzinslich anzulegen hat (RJA 8, 85), es kann auch die Verpflichtung zur Einholung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung auf Rechtsgeschäfte ausgedehnt werden, für welche der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen würde. Nicht zulässig ist die Bestellung eines Pflegers bloß zur Überwachung des Gewalthabers bei Verwaltung des Kindesvermögens (KGJ 35 A 9). — Zur Sicherung des Kindes kann, was durch §§ 1667 ff. nicht

ausgeschlossen ist, von dem für das Kind bestellten Pfleger auch ein Arrestantrag gegen den Gewalthaber gestellt werden, wenn die besonderen Voraussetzungen des Arrestes vorliegen (RG JW 07 203[8]). Der zur Wahrnehmung der Rechte des Kindes auf Sicherstellung gemäß §§ 1667, 1670 bestellte Pfleger ist im Zweifel, sofern die Sicherung einen Arrest notwendig macht, auch hierzu als ermächtigt anzusehen (RG das.).

3. Die **Kosten** der Ausführung der gemäß § 1667 angeordneten Maßregeln hat der Gewalthaber als von ihm veranlaßt zu tragen. Wegen der Kosten des Beschlußverfahrens s. § 1666 A 1.

§ 1668

Sind die nach § 1667 Abs. 2 zulässigen Maßregeln nicht ausreichend, so kann das Vormundschaftsgericht dem Vater Sicherheitsleistung für das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen auferlegen. Die Art und den Umfang der Sicherheitsleistung bestimmt das Vormundschaftsgericht nach seinem Ermessen[1])[2]).

E I 1547 Abs 2, 1549 Abs 1 II 1559 Abs 1 Satz 1 u. 2 M 4, 810 u. 815 P 4, 553 u. 635.

1. **Sicherheitsleistung,** die unter Umständen den Gewalthaber sehr schwer treffen kann, ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn die Maßregeln des § 1667 von vornherein zur Sicherung des Kindes nicht ausreichen oder später als nicht ausreichend sich erweisen. Bei Bestimmung der Art und des Umfangs der Sicherheitsleistung ist auch auf die Vermögensverhältnisse des Gewalthabers Rücksicht zu nehmen. Es darf jedoch von der Auflage der Sicherheitsleistung nicht bloß aus dem Grunde abgesehen werden, weil voraussichtlich der Gewalthaber zur Leistung der Sicherheit nicht imstande sein würde (KG in RJA 8, 90). Von der Sicherheitsleistung kann auch von vornherein die Ausantwortung des Kindesvermögens in die Verwaltung des Gewalthabers abhängig gemacht werden (RJA das.). Die Anordnung der Sicherheitsleistung kann das Vormundschaftsgericht jederzeit wieder aufheben oder abändern (§ 1671). Wegen der Kosten und wegen der Vertretung des Kindes durch das Vormundschaftsgericht s. § 1672.

2. Ein gesetzlicher Hypothekentitel ist dem Kinde gegen den Gewalthaber nicht eingeräumt. Im **Konkurse** ist es wegen seines gesetzlich der Verwaltung des Gewalthabers unterworfenen Vermögens durch das Vorrecht des § 61 Nr 5 KO gesichert. Das Vorrecht gilt nicht bloß für den Anspruch auf Herausgabe des Vermögens, sondern auch für die dieserhalb dem Kinde zustehenden Schadensersatzansprüche, mag es sich nun um die Verletzung der dem Gewalthaber aus der Verwaltung oder aus der Nutznießung obliegenden Pflichten handeln (vgl. RG 19. 4. 09 IV 431/08).

§ 1669

Will der Vater[3]) eine neue Ehe eingehen, so hat er seine Absicht dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen[2]), auf seine Kosten ein Verzeichnis des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens einzureichen und, soweit in Ansehung dieses Vermögens eine Gemeinschaft zwischen ihm und dem Kinde besteht, die Auseinandersetzung herbeizuführen[1]). Das Vormundschaftsgericht kann gestatten, daß die Auseinandersetzung erst nach der Eheschließung erfolgt.

E I 1548, 1549 Abs 1 II 1560 M 4, 811 P 4, 553 u. 635; 6, 299.

1. Die **Wiederverheiratung des Gewalthabers** macht es notwendig, daß die Vermögensverhältnisse der Kinder erster Ehe klargestellt werden, da sonst im Laufe der zweiten Ehe leicht eine Verdunkelung eintreten kann. Zu diesem Zwecke hat der Gewalthaber, der das Recht der Vermögensverwaltung besitzt, vor Eingehung der neuen Ehe ein Verzeichnis des Kindesvermögens (vgl. § 1640 A 1) einzureichen und, soweit nicht ausnahmsweise das Vormundschaftsgericht zur Vermeidung wirtschaftlicher Unzuträglichkeiten die Fortdauer der Gemeinschaft gestattet, die Auseinandersetzung mit den Kindern erster Ehe herbeizuführen, die auf Grund des § 2044 von dem Erblasser nicht ausgeschlossen werden kann (OLG 2, 169). Das einzureichende Verzeichnis muß, damit es als Grundlage für die jetzige oder spätere Auseinandersetzung dienen kann, nicht bloß die Werte, sondern auch die Schulden enthalten und muß die einzelnen Gegenstände so bezeichnen, daß ihre Unterscheidung von den zu den andern Vermögensmassen gehörigen Gegenständen möglich ist (a. A. Staudinger A II b 1). Die Vergünstigung des § 1640, daß bei Haushaltungsgegenständen die Angabe des Gesamtwerts genügt, kommt dem sich wiederverheiratenden Gewalthaber nicht zustatten (bestr.). Die Richtigkeit und Vollständigkeit des Verzeichnisses hat das Vormundschaftsgericht

das schon hierfür — nicht bloß für die Auseinandersetzung — einen Pfleger zu bestellen hat, nachzuprüfen, zu welchem Zwecke es nötigenfalls besondere Erhebungen veranstalten kann. Die Aufnahme eines öffentlichen Verzeichnisses kann nicht verlangt werden. Soweit schon früher (auf Grund der §§ 1640, 1667) ein Verzeichnis eingereicht ist, genügt eine dem § 1669 entsprechende Ergänzung dieses Verzeichnisses. Die Kosten der Vermögensnachweisung und der Auseinandersetzung hat der Gewalthaber zu tragen.

2. Um die Erfüllung der in A 1 bezeichneten Verpflichtungen zu sichern, ist es dem Gewalthaber zur Pflicht gemacht, vor Eingehung der neuen Ehe von der hierauf gerichteten Absicht **dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen.** Nötigenfalls hat auch der Gemeindewaisenrat (§ 1675) Nachricht zu geben. Der Gewalthaber, der ein minderjähriges eheliches Kind hat, wird ferner nach § 1314 Abs 1 vor Beibringung eines Zeugnisses des Vormundschaftsgerichts über Erfüllung jener Verpflichtungen nicht zur Eheschließung zugelassen. Sollte es gleichwohl zur Wiederverheiratung gekommen sein, so ist das Vormundschaftsgericht darauf angewiesen, zur nachträglichen Erfüllung jener Pflichten von den ihm zur Verfügung stehenden Zwangsmitteln (vgl. Vorbem 5 vor § 1773) Gebrauch zu machen.

3. Die Verpflichtungen aus § 1669 treffen in gleicher Weise auch die im Besitz der elterlichen Gewalt befindliche **Mutter,** wenn schon diese durch die Wiederverheiratung die elterliche Gewalt verliert (§§ 1686, 1697). Der die elterliche Gewalt nicht besitzende Elternteil ist von jenen Verpflichtungen frei, worüber ihm, damit er zur Eheschließung zugelassen wird, gleichfalls ein Zeugnis von dem Vormundschaftsgericht zu erteilen ist (§ 1314 Abs. 1)

§ 1670

Kommt der Vater den nach den §§ 1667, 1668 getroffenen Anordnungen nicht nach oder erfüllt er die ihm nach den §§ 1640, 1669 obliegenden Verpflichtungen nicht, so kann ihm das Vormundschaftsgericht die Vermögensverwaltung entziehen[1]). Zur Erzwingung der Sicherheitsleistung sind andere Maßregeln nicht zulässig[2]).

E I 1550 II 1561 M 4, 815 P 4, 638.

1. Über die zur Erzwingung der Anordnungen landesgesetzlich zulässigen Zwangsmittel s. Vorbem 5 vor § 1773. Reichsrechtlich ist als Zwangsmittel die **Entziehung der Vermögensverwaltung** gewährt, die auch auf einen Teil des Vermögens oder auf eine gewisse Zeit beschränkt werden kann. Die Entziehung setzt eine vorgängige Androhung dieser Maßregel nicht voraus. Es ist auch nicht erforderlich, daß den Gewalthaber bei Nichtbefolgung der Anordnung ein Verschulden trifft. Erforderlich ist nur, daß ihm die von dem Vormundschaftsgericht getroffene Anordnung amtlich zur Kenntnis gebracht und ihm zur Ausführung der Anordnung angemessene Zeit gelassen ist. Die nach §§ 1640, 1669 ihm obliegenden Pflichten zur Einreichung des Vermögensverzeichnisses und zur Auseinandersetzung hat der Gewalthaber unaufgefordert zu erfüllen. Die Entziehung der Vermögensverwaltung ist deshalb hier zulässig, ohne daß ihm eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts zugegangen zu sein braucht. — Die Entziehung der Nutznießung ist abgesehen von dem in § 1666 Abs 2 bestimmten Falle der Unterhaltsgefährdung unstatthaft. Ein genügender Schutz ist schon dadurch geboten, daß die Entziehung der Vermögensverwaltung den Verlust der mit der Nutznießung verbundenen Verwaltung nach sich zieht (§ 1656).

2. Zur **Erzwingung der Sicherheitsleistung** (§ 1668) ist, da ein sonstiger Zwang zum Nachteil des Kindes die wirtschaftlichen Lebensbedingungen des Gewalthabers untergraben kann, als alleiniges Zwangsmittel die Entziehung der Vermögensverwaltung zugelassen. Über die Zulässigkeit des Arrestantrags s. § 1667 A 2 a. E.

§ 1671

Das Vormundschaftsgericht kann während der Dauer der elterlichen Gewalt die von ihm getroffenen Anordnungen jederzeit ändern[1]), insbesondere die Erhöhung, Minderung oder Aufhebung der geleisteten Sicherheit anordnen[2]).

E I 1551 Satz 1 II 1562 M 4, 815 P 4, 638.

1. Die von dem Vormundschaftsgericht kraft seiner Aufsichtsgewalt getroffenen **Anordnungen** (§§ 1665 bis 1670) ergehen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und sind deshalb nach der hier geltenden Regel (vgl. die Ausnahmen in §§ 18, 55 FGG) **nicht unabänderlich.** Das Vormundschaftsgericht kann von seiner Anordnung abgehen, nicht bloß, wenn die Umstände sich verändert haben, sondern auch, wenn es bei erneuter Prüfung zu einer andern Beurteilung gelangt, vorausgesetzt, daß nicht inzwischen durch Aufhören der

elterlichen Gewalt auch seine Aufsichtsgewalt weggefallen ist. Ebenso kann es, wenn es abgelehnt hat, eine Anordnung dieser Art zu treffen, jeden Augenblick von dieser Entschließung wieder abgehen.

2. Die in § 1671 bestimmte Abänderlichkeit gilt namentlich auch für die **Anordnung der Sicherheitsleistung** und zwar sowohl nach der Richtung der Erhöhung als nach der Richtung der Minderung und gänzlichen Aufhebung der Sicherheit. Über das Recht des Vormundschaftsrichters zur Vertretung des Kindes s. § 1672 A 1.

§ 1672

Bei der Bestellung und Aufhebung der Sicherheit wird die Mitwirkung des Kindes durch die Anordnung des Vormundschaftsgerichts ersetzt[1]**.**

Die Kosten der Bestellung und Aufhebung der Sicherheit fallen dem Vater zur Last[2]**.**

E I 1549 Abs 2, 1551 Satz 2 II 1599 Abs 1 Satz 3, Abs 2 M 4, 814 P 4, 638.

1. Die von dem Vormundschaftsgericht wegen Bestellung oder Aufhebung (Minderung) der Sicherheit getroffene Anordnung hat zugleich die Bedeutung einer in Angelegenheiten des Kindes getroffenen, für dieses verbindlichen Verfügung. Es bedarf deshalb zur Bestellung der Sicherheit nicht einer von dem Kinde oder dessen Pfleger zu erklärenden Annahme und ebensowenig zur Aufhebung (Minderung) der Sicherheit einer Bewilligung des Pflegers. Man kann somit sagen, daß das **Vormundschaftsgericht in Vertretung des Kindes** handelt. Das Vertretungsrecht besteht hinsichtlich der Aufhebung einer Sicherheit nur, wenn die Bestellung auf Grund des § 1672 — nicht auf Grund des eine solche Anordnung nicht kennenden älteren Rechts (BayObLG 1, 706) — erfolgt ist. Durch die wegen Löschung der Sicherheitshypothek von dem Vormundschaftsgericht getroffene Anordnung wird der Löschungsantrag des Grundstückseigentümers nicht erübrigt.

2. Die **Kosten** der Sicherheitsbestellung hat der Gewalthaber zu tragen, da sie durch sein Verhalten veranlaßt sind. Demzufolge müssen ihm auch die Kosten der Aufhebung der Sicherheit zur Last fallen, falls nicht etwa die Sicherheitsbestellung zu Unrecht angeordnet war und aus diesem Grunde die Aufhebung erfolgt.

§ 1673

Das Vormundschaftsgericht soll vor einer Entscheidung, durch welche die Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes oder die Nutznießung dem Vater entzogen oder beschränkt wird, den Vater hören, es sei denn, daß die Anhörung untunlich ist[1]**.**

Vor der Entscheidung sollen auch Verwandte, insbesondere die Mutter, oder Verschwägerte des Kindes gehört werden, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann[1]**. Für den Ersatz der Auslagen gilt die Vorschrift des § 1847 Abs. 2.**

KB 2081.

1. Ohne **Anhörung des Gewalthabers** darf dieser in keiner Weise — auch nicht in den Fällen der §§ 1630 Abs 2 Satz 2, 1635, 1637, 1687 Nr 3 (vgl. KGJ 31 A 10 über Bestellung eines Pflegers zur Einklagung von Unterhaltsansprüchen gegen den Gewalthaber) — in seinen Rechten beschränkt werden. Seine Anhörung darf nur unterbleiben, wenn sie untunlich ist, das ist, wenn sie unausführbar ist, oder wenn ohne Nachteile für das Wohl des Kindes nicht länger gewartet werden kann. Dem Gewalthaber soll durch die Anhörung Gelegenheit gegeben werden, über den Sachverhalt sich zu äußern und in seinem Interesse Beweisanträge zu stellen. Es muß ihm deshalb über die Vorgänge soweit Mitteilung gemacht werden, daß er zur Ausübung seines Rechts imstande ist. Darüber, in welcher Weise die Anhörung erfolgen soll, ob mündlich oder schriftlich und in welchem Abschnitt des Verfahrens, hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu befinden. Ein Recht auf Bekanntmachung des Beweisschlusses und Zuziehung zum Beweistermine hat er nicht (RG 63, 277). Außer dem Gewalthaber sollen, falls sie hierzu bereit sind, auch Verwandte, zu denen namentlich die Mutter des Kindes gehört, oder Verschwägerte gehört werden. Von der Anhörung kann hier jedoch schon dann abgesehen werden, wenn nach Ermessen des Vormundschaftsgerichts das Verfahren erheblich verzögert werden würde oder unverhältnismäßige Kosten entstehen würden. Verschieden von der Anhörung ist die Vernehmung als Auskunftsperson (vgl. § 15 FGG). Doch wird auch bei der Anhörung darauf

hinzuwirken sein, daß die Angehörigen den ihnen bekannten Sachverhalt mitteilen. Über das Recht der Angehörigen auf Anhörung in Vormundschaftssachen s. § 1847. — Im Falle der Beschränkung des Gewalthabers ist dieser nach § 20 Abs 1 FGG beschwerdeberechtigt. Den Angehörigen steht das Recht der Beschwerde zu, wenn entgegen dem § 1673 ihre Anhörung unterblieben ist — in welchem Falle nach Umständen der Beschluß aufgehoben werden kann (OLG 8, 350 u. 351) —, außerdem nach Maßgabe des § 57 Nr 8, 3, 5 bei Ablehnung oder Aufhebung der hier bezeichneten Beschränkungen (vgl. auch § 57 Nr 9).

2. Die Angehörigen haben einen Anspruch auf Ersatz der durch die Anhörung ihnen etwa erwachsenen **Auslagen** aus dem Vermögen des Kindes, nicht der Staatskasse, während der Gewalthaber diese Auslagen selbst zu tragen hat.

§ 1674

Verletzt der Vormundschaftsrichter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegenden Pflichten, so ist er dem Kinde nach § 839 Abs. 1, 3 verantwortlich[1])

E I 1503, 1702 II 1563 M 4, 749 P 4, 548.

1. S. § 1848 A 1 u. 2.

§ 1675

Der Gemeindewaisenrat[1]) hat dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen, wenn ein Fall zu seiner Kenntnis gelangt, in welchem das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berufen ist[2]).

E I 1552 II 1564 M 4, 815 P 4, 638.

1. Der zur Mitwirkung in Vormundschaftssachen berufene **Gemeindewaisenrat** (§§ 1849 ff.) hat das Vormundschaftsgericht auch auf dem Gebiete der elterlichen Gewalt insofern zu unterstützen, als er hinsichtlich der in seinem Bezirk sich aufhaltenden Kinder, wenn das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts im Interesse der Person oder des Vermögens der Kinder geboten sein kann und er hiervon Kenntnis erhält, Anzeige zu machen hat. Dem Gemeindewaisenrat ist damit nicht die Pflicht einer ständigen Überwachung auferlegt. Er hat aber, wenn Tatsachen zu seiner Kenntnis kommen, die ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nötig erscheinen lassen, sich hierüber zu vergewissern. Zu sonstigen Hilfsleistungen, Erkundigungen usw. kann der Gemeindewaisenrat auf dem Gebiete der elterlichen Gewalt nicht herangezogen werden. Über die Pflicht zur Anzeige, wenn Anlaß zur Bestellung eines Vormundes, Gegenvormundes (Beistandes) oder Pflegers vorliegt, s. § 49 FGG.

2. Aus der den Behörden obliegenden Pflicht zur gegenseitigen Beistandsleistung folgt, daß dem Vormundschaftsgericht, wenn im Amtsbereich einer **andern Behörde** die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Fürsorge hervortritt, von dieser Behörde Nachricht zu geben ist. Durch § 50 FGG ist dem Gericht diese Benachrichtigung zur Pflicht gemacht, wenn infolge eines bei ihm anhängigen Verfahrens die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft erforderlich wird (s. auch §§ 660, 683 Abs 2, 674 in Verbindung mit 679 Abs 4, 684 Abs 4, 686 Abs 4). Desgleichen ist das Gericht zur Benachrichtigung verpflichtet bei Aufnahme von Urkunden, in denen Zuwendungen an Minderjährige unter besonderen, von dem Vormundschaftsgericht zu überwachenden Verwaltungsanordnungen (§ 1639) gemacht werden. Sterbefälle hat der Standesbeamte, wenn der Verstorbene ein minderjähriges Kind hinterlassen hat, gemäß § 48 FGG dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen, das wegen der Überwachung des Eingangs des Vermögensverzeichnisses, das nach dem Tode der Mutter der Vater einzureichen hat (§ 1640) und wegen des der Mutter beizuordnenden Beistandes (§ 1687) hieran interessiert ist.

§ 1676

Die elterliche Gewalt des Vaters ruht,[1]) wenn er geschäftsunfähig ist.

Das Gleiche gilt, wenn der Vater in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist[2]) oder wenn er nach § 1910 Abs. 1 einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten hat[3]). Die Sorge für die Person des Kindes steht ihm neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes zu; zur Vertretung des Kindes ist er nicht berechtigt. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem Vater und dem gesetzlichen Vertreter geht die Meinung des gesetzlichen Vertreters vor[2]).

E I 1554 Abs 1 Satz 1 II 1565 M 4, 818 P 4, 638; 5, 119.

1. Das **Ruhen der elterlichen Gewalt** ist von der tatsächlichen Verhinderung der Ausübung zu unterscheiden. Eine solche Verhinderung läßt das Recht der elterlichen Ge-

walt — unbeschadet der von dem Vormundschaftsgericht nach § 1665 zu treffenden Maßregeln — unberührt. Das Ruhen der elterlichen Gewalt hat dagegen die Bedeutung, daß der Gewalthaber die elterliche Gewalt, auch wenn er wollte, nicht ausüben kann (§ 1678). An seine Stelle tritt ein für das Kind zu bestellender Vormund, dem das Vermögen unter Rechnungslegung herauszugeben ist (§ 1681) und der während des Ruhens der elterlichen Gewalt das Nutznießungsrecht für Rechnung des Gewalthabers ausübt (§ 1678).

2. Der **Geschäftsunfähige** (§ 904) ist unfähig zur Ausübung der elterlichen Gewalt und zur Ausübung des Rechts der Sorge für die Person des Kindes. Der **beschränkt Geschäftsfähige** (§§ 106, 114) ist unfähig zur Ausübung der elterlichen Gewalt, es verbleibt ihm aber die rein tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes und zwar in der Weise, daß bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und dem gesetzlichen Vertreter die Meinung des letzteren ausschlaggebend ist (vgl. § 1634). Es ist hierbei darauf Rücksicht genommen, daß der Fall der Minderjährigkeit eines ehelichen Vaters nach §§ 1303, 1744, 1745 Abs 1 — abgesehen von dem Erwerb der elterlichen Gewalt durch Ehelichkeitserklärung (§ 1729) — kaum praktisch wird (s. die abweichende Regelung für den Fall der Minderjährigkeit der Mutter in § 1696). Das Ruhen der elterlichen Gewalt hat natürlich keinen Einfluß auf die Ausübung der dem Gewalthaber kraft des natürlichen Verwandtschaftsverhältnisses zustehenden Rechte (vgl. Vorbem 3 vor § 1616.)

3. Dem Fall der beschränkten Geschäftsfähigkeit ist der Fall gleichgestellt, daß der Gewalthaber wegen körperlicher Gebrechen nach § 1910 Abs 1 einen **Pfleger** sowohl für seine Person als sein Vermögen erhält. Dem Gewalthaber, der die Besorgung aller seiner Angelegenheiten dem Pfleger überlassen muß, kann nicht wohl die Ausübung der Rechte der elterlichen Gewalt belassen werden. Es ist deshalb auch hier für das Kind ein Vormund zu bestellen. Mit der Ausübung der elterlichen Gewalt hat der Pfleger des Gewalthabers nichts zu tun.

§ 1677

Die elterliche Gewalt des Vaters ruht, wenn von dem Vormundschaftsgerichte festgestellt wird, daß der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist[1]).

Das Ruhen endigt, wenn von dem Vormundschaftsgerichte festgestellt wird, daß der Grund nicht mehr besteht[2]).

E I 1554 Abs 1 Satz 2 II 1566 M 4, 818 P 4, 638.

1. Die **tatsächliche Verhinderung an der Ausübung** führt zum Ruhen der elterlichen Gewalt, wenn von dem Vormundschaftsgericht die längere Dauer der Verhinderung festgestellt ist. Und zwar muß die Verhinderung, da sonst eine Veranlassung zur Einleitung einer Vormundschaft nicht vorliegen würde, eine allgemeine sein, sich sowohl auf die persönlichen Angelegenheiten als die Vermögensangelegenheiten erstrecken. Die Feststellung des Vormundschaftsgerichts (die nicht durch besondere Verfügung ausgesprochen zu werden braucht) tritt nach § 51 FGG mit der Bestellung des Vormundes, in dem Falle, daß die Mutter zur Ausübung der elterlichen Gewalt berufen ist (§ 1685) mit der Bekanntmachung an die Mutter in Wirksamkeit. Es ist damit ein fester Zeitpunkt gegeben, mit dem die Berechtigung des Gewalthabers zur Ausübung der elterlichen Gewalt fortfällt. Die Feststellung behält, auch wenn sie zu Unrecht getroffen ist, Dritten gegenüber, denen eine unredliche Handlungsweise nicht zur Last fällt, solange ihre Bedeutung, bis sie vom Vormundschaftsgericht zurückgenommen wird. Hat der Gewalthaber von der Feststellung keine Kenntnis erlangt und auch nicht annehmen können, daß er als verhindert angesehen werden würde, so ist die Bestimmung des § 1682 zur entsprechenden Anwendung zu bringen.

2. Hat das Vormundschaftsgericht die in § 1677 Abs 1 bezeichnete Feststellung getroffen, so **endigt** das Ruhen der elterlichen Gewalt erst mit der Feststellung, daß die Verhinderung nicht mehr besteht. Diese Feststellung muß, um wirksam zu werden, nach § 51 Abs 2 FGG dem Gewalthaber, dessen elterliche Gewalt nunmehr unbeschränkt wieder in Kraft tritt, bekannt gemacht werden. Wegen der Wirkung Dritten gegenüber s. A 1.

§ 1678

Solange die elterliche Gewalt des Vaters ruht, ist der Vater nicht berechtigt, sie auszuüben; es verbleibt ihm jedoch die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes, unbeschadet der Vorschrift des § 1685 Abs. 2[1]).

E I 1554 Abs 1 II 1567 M 4, 818 P 4, 639 u. 650.

1. Vgl. § 1676 A 1. Da dem Gewalthaber das Recht der Ausübung des Nutznießungsrechts fehlt, so verbleibt ihm gemäß § 1656 nur der Anspruch auf Herausgabe des **Reinertrags**. Wegen des Übergangs der Nutznießung auf die Mutter s. § 1685 Abs 2.

§ 1679

Die elterliche Gewalt des Vaters endigt, wenn er für tot erklärt wird, mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt[1]).

Lebt der Vater noch, so erlangt er die elterliche Gewalt dadurch wieder, daß er dem Vormundschaftsgerichte gegenüber seinen hierauf gerichteten Willen erklärt[2]).

E I 1557 Abs 2 Satz 1, Abs 3 II 1568 M 4, 830 P 4, 644 u. 861.

1. Die **Todeserklärung** könnte als ein Fall des Ruhens oder als ein Fall der **Beendigung der elterlichen Gewalt** behandelt werden. Das BGB hat sich in Einklang mit der Behandlung ähnlicher Fälle auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts und des Vormundschaftsrechts (vgl. § 18 A 1) für letzteres entschieden, mit der Besonderheit, daß die elterliche Gewalt wieder in Kraft tritt, sobald der irrtümlich für tot Erklärte die Absicht der Ausübung der elterlichen Gewalt dem Vormundschaftsgericht anzeigt. Wird auf Anfechtungsklage (§ 973 ZPO) die Todeserklärung aufgehoben oder der in dem Ausschlußurteil festzustellende Zeitpunkt des Todes berichtigt, so tritt — unbeschadet des Vertretungsrechts des bisherigen Vormundes, das erst mit seiner Entlassung oder mit Erlangung der Kenntnis von der Fortdauer des Lebens des Gewalthabers endet — mit rückwirkender Kraft die der Fortdauer der elterlichen Gewalt entsprechende Rechtslage ein. Über den Fall, daß der Ehegatte des irrtümlich für tot Erklärten sich inzwischen verheiratet hat, s. § 1637. Mit Beendigung der elterlichen Gewalt geht auch das Nutznießungsrecht verloren, wird aber bei Wiedererlangung der elterlichen Gewalt von neuem erworben. Es ist selbstverständlich, daß diejenigen Vermögensgegenstände, die bei Fortbestehen der elterlichen Gewalt freies Vermögen des Kindes geworden sein würden, nunmehr diese Eigenschaft annehmen. — Von der Todeserklärung und von einer auf Anfechtungsklage ergehenden abändernden Entscheidung hat gemäß § 50 FGG das Prozeßgericht bei Vorhandensein eines minderjährigen Kindes das Vormundschaftsgericht zu benachrichtigen.

2. Eine bestimmte Form ist für die **Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsgericht** nicht vorgeschrieben. Sie kann schriftlich gegenüber dem Vormundschaftsgericht oder mündlich vor dem Vormundschaftsrichter oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Vormundschaftsgerichts abgegeben werden. Die Wirksamkeit der schriftlichen Erklärung ist dadurch bedingt, daß sie dem Vormundschaftsgericht zugeht. Diesem liegt es ob, die Erklärung dem bisherigen gesetzlichen Vertreter des Kindes mitzuteilen, der hierdurch das ihm nach § 1682 noch zustehende Vertretungsrecht verliert. Wegen der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts vgl. Vorbem 4b vor § 1773.

§ 1680

Der Vater verwirkt die elterliche Gewalt[1]), wenn er wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zu Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt wird. Wird wegen des Zusammentreffens mit einer andern strafbaren Handlung auf eine Gesamtstrafe erkannt, so entscheidet die Einzelstrafe, welche für das an dem Kinde verübte Verbrechen oder Vergehen verwirkt ist.

Die Verwirkung der elterlichen Gewalt tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein[2]) [3]).

E I 1559 Abs 1 II 1569 M 4, 836 ff. P 4, 648 u. 653.

1. Die **Verwirkung der elterlichen Gewalt** (auch des Rechts der Sorge für die Person oder das Vermögen) kann nur **infolge strafgerichtlicher Verurteilung** eintreten. Sie setzt voraus die Begehung eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens „an dem Kinde", worunter Verbrechen oder Vergehen gegen das Kind (vgl. die Fassung von E I 1559 und M 4, 838) einbegriffen sind. Die Straftat braucht nicht gegen die Person des Kindes gerichtet zu sein, sie kann sich auch gegen das Vermögen und sonstige Rechtsgüter des Kindes richten, muß aber im letzteren Falle auf Verletzung des Kindes abzielen (bestr.). Die Straftat muß ferner eine so schwere sein, daß dieserhalb auf Zuchthausstrafe oder Gefängnisstrafe von mindestens 6 Monaten erkannt wird. Wird wegen mehrerer gegen das Kind gerichteter strafbarer Handlungen auf eine Gesamtstrafe erkannt, so muß die Strafe für eine einzelne Handlung das angegebene Maß erreichen. Es genügt nicht, daß die Gesamtstrafe diese Höhe hat, da der zufällige Umstand, ob die Aburteilung in einem

gemeinschaftlichen Strafverfahren oder hintereinander in mehreren Strafverfahren erfolgt, nicht entscheidend sein kann (anders Staudinger A 2c u. Planck A 1b).

2. Die Verurteilung zieht, sobald sie **rechtskräftig** geworden ist, den Verlust der elterlichen Gewalt nach sich, und zwar hinsichtlich des Kindes, gegen das die Straftat gerichtet ist, nicht hinsichtlich der übrigen Kinder. Die Verfehlungen gegen das eine Kind können aber dem Vormundschaftsgericht Veranlassung geben, zum Schutze der übrigen Kinder aus § 1666 ff. einzuschreiten. Die Verwirkung der elterlichen Gewalt fällt weg, wenn im Wiederaufnahmeverfahren das Strafurteil aufgehoben oder auf eine mildere als die in § 1680 bestimmte Strafe erkannt wird, jedoch nicht mit rückwirkender Kraft. Durch die Begnadigung wird die mit der Verurteilung verbundene privatrechtliche Folge der Verwirkung, die ihren Grund in der Vertrauensunwürdigkeit des Gewalthabers hat, nicht beseitigt. Mit dem Verlust der elterlichen Gewalt gehen durch die Verwirkung auch diejenigen Rechte verloren, die in der bis zum Ableben des Gewalthabers bestandenen elterlichen Gewalt ihre Grundlage haben (vgl. §§ 1776 Nr 1 und 2, 1777, 1792 Abs 4, 1852 ff.), nicht ohne weiteres das Recht des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde, das indes nach § 1666 von dem Vormundschaftsgericht beschränkt und für bestimmte Zeit gänzlich ausgeschlossen werden kann (a. M. Planck A 3, der ein Recht auf Verkehr nicht anerkennt).

3. Ist im Strafverfahren ein für die Verwirkung der elterlichen Gewalt oder den Wegfall der Verwirkung bedeutsames Urteil ergangen, so hat nach § 50 FGG das Gericht — soweit nicht landesrechtlich die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft auferlegt ist — dem Vormundschaftsrichter hiervon **Mitteilung** zu machen.

§ 1681

Endigt oder ruht die elterliche Gewalt des Vaters oder hört aus einem andern Grunde seine Vermögensverwaltung auf, so hat er dem Kinde das Vermögen herauszugeben[1]) und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen[2]).

E I 1503, 1700 Abs 1 II 1570 M 4, 746 P 4, 562.

1. Bei **Beendigung der Vermögensverwaltung**, die auch in den Fällen der §§ 1647, 1666 Abs 2, 1670 eintritt, hat der Gewalthaber oder dessen gesetzlicher Vertreter das **Vermögen an das Kind** oder dessen gesetzlichen Vertreter **herauszugeben** und, was damit in untrennbarem Zusammenhange steht, über die vollständige Herausgabe durch Rechenschaftsablegung über die bisherige Verwaltung sich auszuweisen. Eine Nachprüfung des Vormundschaftsgerichts findet hierbei, falls nicht das Vermögen an den gesetzlichen Vertreter des Kindes herauszugeben ist, nicht statt. Für die Rückgabe ist der Gewalthaber, auch wenn er den Vermögensgegenstand nicht empfangen hat, verantwortlich, sofern er die ihm als Verwalter des Vermögens obliegende Pflicht der Inbesitznahme schuldhafterweise nicht erfüllt hat. Der Nachweis dieses Verschuldens ist von dem Kinde zu führen. Es wird hierzu aber meist der Beweis genügen, daß der Gegenstand zu dem Kindesvermögen gehört hat. Kann der Gewalthaber den Vermögensgegenstand nicht oder nur in verschlechtertem Zustande zurückgeben, so hat er sich darüber auszuweisen, daß ihn ein Verschulden (§ 1664) nicht trifft.

2. Zufolge der Pflicht zur Rechenschaftslegung hat der bisherige Gewalthaber gemäß § 259 eine geordnete **Rechnung** unter Beifügung der nötigen Belege aufzustellen. Sie hat sich auf die Nutzungen des freien Vermögens (§§ 1650 ff.) zu erstrecken und im übrigen die hinsichtlich des Stammvermögens vorgekommenen Veränderungen darzulegen. Aus der Rechenschaftspflicht folgt auch die Verpflichtung, soweit erforderlich, über die Verwaltung, namentlich was die laufenden Geschäfte betrifft, Auskunft zu erteilen. Über die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides s. §§ 259 Abs 2 und 3, 261.

§ 1682

Der Vater ist auch nach der Beendigung seiner elterlichen Gewalt zur Fortführung[1]) der mit der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes verbundenen Geschäfte berechtigt, bis er von der Beendigung Kenntnis erlangt oder sie kennen muß. Ein Dritter kann sich auf diese Berechtigung nicht berufen, wenn er bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts die Beendigung der elterlichen Gewalt kennt oder kennen muß.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht oder aus einem andern Grunde seine Vermögensverwaltung aufhört.

E II 1571 Abs 1 P 4, 662; 6, 300.

1. Die Bestimmung steht in Einklang mit der für den Auftrag gegebenen Vorschrift des § 674. Der Gewalthaber soll dadurch keinen Nachteil haben, daß er von der (gänzlichen oder teilweisen) Beendigung der elterlichen Gewalt oder der Vermögensverwaltung ohne Schuld keine Kenntnis erhalten hat. Er ist deshalb zur **Fortführung der Geschäfte befugt**, bis er die Beendigung erfährt oder bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt (§ 1664) hätte erfahren müssen. Diese Befugnis gilt — was mit der Regelung in §§ 169, 674 übereinstimmt — auch zugunsten des Dritten, der mit dem Gewalthaber oder ihm gegenüber ein Rechtsgeschäft (Rechtshandlung) vorgenommen hat, vorausgesetzt, daß auch der Dritte ohne Schuld sich in gutem Glauben befand. Ist dies nicht der Fall, so kann doch der gutgläubige Gewalthaber seinerseits die gleichen Ansprüche wegen Ersatz der Aufwendungen (§ 1648) erheben, als wenn das Rechtsgeschäft gültig vorgenommen wäre, auch kann er wegen Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht ersatzpflichtig gemacht werden. Den Mangel der Gutgläubigkeit hat zu beweisen, wer auf diesen Mangel sich beruft. Keinen besonderen Schutz genießt der Dritte, wenn zwar er selbst, nicht aber der Gewalthaber gutgläubig ist.

§ 1683

Endigt die elterliche Gewalt infolge des Todes des Kindes, so hat der Vater diejenigen Geschäfte, mit deren Aufschube Gefahr verbunden ist, zu besorgen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann[1]).

E II 1571 Abs 2 P 4, 662.

1. Entsprechend der für den Auftrag geltenden Bestimmung des § 673 ist es dem Gewalthaber zur Pflicht gemacht, solange, bis die Erben des Kindes sich um den Nachlaß bekümmern können, diejenigen Maßregeln vorzunehmen, die ohne Gefahr eines größeren Nachteils bis zu diesem Zeitpunkte nicht aufgeschoben werden können. In dem hierdurch bestimmten Umfange **dauern die vermögensrechtlichen Pflichten und Rechte fort**, die aus der elterlichen Gewalt entspringen (s. namentlich §§ 1664 u. 1648).

2. Elterliche Gewalt der Mutter

§ 1684

Der Mutter[1]) steht die elterliche Gewalt zu:

1. wenn der Vater gestorben oder für tot erklärt ist[2]);

2. wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist[3]).

Im Falle der Todeserklärung beginnt die elterliche Gewalt der Mutter mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes des Vaters gilt[2]).

E I 1501 Abs 2, 1557 Abs 2 Satz 2, 1559 Abs 2 II 1572 M 4, 733, 832 u. 840 P 4, 547, 549 u. 644

1. **Elterliche Gewalt der Mutter.** Während bestehender Ehe findet ein Übergang der elterlichen Gewalt auf die Mutter niemals statt. Die Mutter kann nur in bestimmten Fällen nach § 1685 die elterliche Gewalt *ausüben*. Dagegen geht *nach Auflösung der Ehe* die elterliche Gewalt, falls die Mutter nicht inzwischen eine neue Ehe eingegangen ist (§ 1697), auf sie über, sofern das Recht des Vaters durch *Tod*, durch *Todeserklärung* oder durch *Verwirkung der elterlichen Gewalt* vollständig in Wegfall gekommen ist. Von einem Übergange der elterlichen Gewalt kann natürlich nicht in dem Sinne gesprochen werden, daß das Recht der Mutter ein aus dem Recht des Vaters abgeleitetes wäre. Die Mutter hat auf die elterliche Gewalt ein selbständiges Recht, das von dem Vater nicht ausgeschlossen werden und abgesehen von der Anordnung der Bestellung eines Beistandes (§ 1687 Nr 1) und den nach § 1639 zulässigen Anordnungen auch nicht beschränkt werden kann. Ein Verzicht des Vaters auf die Nutznießung steht dem Recht der Mutter nicht entgegen (vgl. § 1662 A 3). Der Übergang der elterlichen Gewalt wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Mutter an ihrer Ausübung verhindert ist. Über das Recht der Mutter, für die Person des Kindes zu sorgen, s. §§ 1696, 1697 und 1698.

2. Dem Tode des Vaters ist in Übereinstimmung mit dem Grundsatze des § 1679 Abs 1 auch hier die **Todeserklärung** gleichgestellt. Der Übergang der elterlichen Gewalt vollzieht sich in dem Zeitpunkt, der in dem Ausschlußurteil als Zeit des Todes festgesetzt ist. Der irrtümlich für tot erklärte Vater kann sein Recht (falls er nicht inzwischen die elterliche

Gewalt verwirkt hat) durch Anzeige seiner hierauf gehenden Absicht bei dem Vormundschaftsgericht wiedererlangen, was zugleich die Beendigung der elterlichen Gewalt der Mutter herbeiführt. Wegen der Wirkung der Aufhebung des Ausschlußurteils s. § 1679 A 1.

3. Im Falle der **Scheidung** verbleibt die elterliche Gewalt, abgesehen von den über die tatsächliche Personenfürsorge in §§ 1635, 1636 getroffenen Bestimmungen, dem Vater. Auch die Entziehung des Rechts der Sorge für die Person oder das Vermögen auf Grund der §§ 1666 ff. hat nicht zur Folge, daß nunmehr das Recht der Mutter eintritt, auch dann nicht, wenn wegen gänzlichen Wegfalls des Vertretungsrechts des Gewalthabers nach § 1773 die Bevormundung nötig wird. Das Vormundschaftsgericht soll bei den nach § 1666 ff. zum Schutze des Kindes zu treffenden Maßregeln freie Hand behalten, den Pfleger oder Vormund (wozu auch die Mutter bestellt werden kann) nach seinem Ermessen auszuwählen. Dagegen steht die elterliche Gewalt der Mutter zu, **wenn der Vater sie verwirkt** hat (§ 1680) **und die Auflösung der Ehe hinzukommt**, wozu außer der Scheidung und der Beendigung der Ehe durch Wiederverheiratung nach Todeserklärung des einen Ehegatten (§ 1348 Abs 2) hier auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (a. M. Staudinger A 1c δ) zu rechnen ist. Die elterliche Gewalt der Mutter beginnt mit der Rechtskraft des die Verwirkung aussprechenden Strafurteils (§ 1680 Abs 2) und bei späterer Auflösung der Ehe mit diesem Zeitpunkte (Rechtskraft des Scheidungsurteils). Wegen der elterlichen Gewalt über Kinder aus nichtiger Ehe s. §§ 1699 ff.

§ 1685

Ist der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert oder ruht seine elterliche Gewalt, so übt während der Dauer der Ehe[2]) die Mutter die elterliche Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung aus[1]).

Ist die Ehe aufgelöst, so hat das Vormundschaftsgericht der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung zu übertragen, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht und keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde. Die Mutter erlangt in diesem Falle auch die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes[2]).

E I 1555 II 1573 M 4, 821 P 4, 639 u. 650; 6, 300.

1. **Während bestehender Ehe** ist die elterliche Gewalt derart ein gemeinschaftliches Recht der Eltern, daß, sobald der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich gehindert ist oder seine elterliche Gewalt ruht, (§§ 1676, 1677), an seiner Stelle die Mutter eintritt. Auf die Fälle der rechtlichen Verhinderung des Vaters (§§ 1630, 1795, 1796) ist dies jedoch, da hier ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts wünschenswert ist, nicht ausgedehnt. Auf die Mutter geht immer nur die Ausübung der elterlichen Gewalt über, während die elterliche Gewalt selbst bei dem Vater zurückbleibt. Bei tatsächlicher Verhinderung des Vaters steht die Ausübung der Mutter nur solange zu, als diese Verhinderung andauert, was der Dritte, dem allerdings die Bestimmung des § 1682 zugute kommt, auf eigene Verantwortung zu prüfen hat. Das Recht der zur Ausübung der elterlichen Gewalt berufenen Mutter ist grundsätzlich nicht auf bestimmte Rechtsgeschäfte beschränkt. Es steht ihr deshalb auch die Befugnis zu, die Einwilligung zur Volljährigkeitserklärung des Kindes zu erteilen (§ 4 Abs 2), obschon hierdurch die elterliche Gewalt aufgehoben wird. Ist ein Scheidungsverfahren anhängig und ist für dieses Verfahren durch einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts oder Beschluß des Vormundschaftsgerichts Bestimmung darüber getroffen, von welchem Elternteil das Kind zu erziehen ist, so ist diese Bestimmung ausschließlich maßgebend, ohne daß § 1685 Abs 1 Anwendung finden kann. Die Nutznießung verbleibt, wenn die Ausübung der elterlichen Gewalt auf die Mutter übergegangen ist, dem Vater. Sie ist für seine Rechnung von der Mutter auszuüben (§ 1656).

2. **Ist die Ehe geschieden** oder ist, was dem gleichsteht, die eheliche Gemeinschaft durch Urteil aufgehoben (vgl. § 1684 A 3), so ist der Übergang der Ausübung nur ausnahmsweise zugelassen. Der öftere Wechsel der elterlichen Gewalt würde hier, da nicht zu erwarten ist, daß die geschiedenen Ehegatten die Erziehung des Kindes einheitlich leiten, große Unzuträglichkeiten zur Folge haben können. Die Mutter hat jedoch einen Anspruch darauf, daß die Ausübung der elterlichen Gewalt ihr vom Vormundschaftsgericht übertragen wird, wenn ein Wechsel der elterlichen Gewalt nicht mehr zu besorgen ist, wenn nämlich die väterliche Gewalt ruht und aller Voraussicht nach der Grund des Ruhens, wie z. B. bei einer unheilbaren Geisteskrankheit, später nicht fortfallen wird. In diesem Falle geht mit der Übertragung auch das Nutznießungsrecht auf die Mutter über. Wird ihr Antrag auf Übertragung abgelehnt, so ist sie nach § 20 FGG beschwerde-

berechtigt. Bis zur Übertragung darf der Antrag von ihr zurückgenommen werden. — Die Auflösung der Ehe durch Tod oder durch Wiederverheiratung nach Todeserklärung des Ehemannes kommt für § 1685 nicht weiter in Betracht, da sie schon nach § 1684 den Übergang des Rechts der elterlichen Gewalt bewirkt.

§ 1686

Auf die elterliche Gewalt der Mutter finden die für die elterliche Gewalt des Vaters geltenden Vorschriften Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1687 bis 1697 ein anderes ergibt[1]).

E II 1575 P 4, 555.

1. **Die elterliche Gewalt der Mutter** hat grundsätzlich, sowohl was die Rechte als die Pflichten betrifft, den **gleichen Inhalt wie diejenige des Vaters.** Unterschiede ergeben sich nur daraus, daß der Mutter ein Beistand beigeordnet werden kann (§§ 1687 bis 1695), daß ihr bei Minderjährigkeit — ein Fall, der bei dem Vater kaum vorkommen wird (vgl. § 1676 A 2) — die tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes unbeschränkt verbleibt (§ 1696) und daß sie die elterliche Gewalt durch Wiederverheiratung verliert (§ 1697).

§ 1687

Das Vormundschaftsgericht hat der Mutter einen Beistand[1]) zu bestellen:

1. wenn der Vater die Bestellung nach Maßgabe des § 1777 angeordnet hat[2]);

2. wenn die Mutter die Bestellung beantragt[3]);

3. wenn das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen, insbesondere wegen des Umfanges oder der Schwierigkeit der Vermögensverwaltung, oder in den Fällen der §§ 1666, 1667 die Bestellung im Interesse des Kindes für nötig erachtet[4]).

E I 1538 II 1576 M 4, 797 P 4, 555 u. 612.

1. Die grundsätzliche Gleichstellung des Vaters und der Mutter bezüglich der elterlichen Gewalt ist nur dadurch durchzuführen, daß **der Mutter ein Beistand bestellt** werden kann, ohne dessen Unterstützung sie vielfach der ihr gestellten Aufgabe nicht in vollem Maße würde genügen können. Die Mutter kann die Bestellung verlangen. Ein Beistand kann aber auch gegen ihren Willen ihr beigeordnet werden, und es muß dies geschehen auf Antrag des Vaters. Zulässig ist die Bestellung mehrerer Beistände (vgl. § 1797). Dafür, daß die elterliche Gewalt der Mutter durch Bestellung eines Beistandes nicht beschränkt ist, spricht keine Vermutung. Der Grundbuchrichter darf deshalb einen Ausweis darüber verlangen, daß ein Beistand nicht bestellt ist (vgl. Erl des PrJM. vom 6. 7. 00, mitgeteilt in Gruch 45, 497). Wird die Bestellung eines Beistandes in den Fällen des § 1687 Nr 1 und 3 abgelehnt oder die Bestellung aufgehoben, so ist die Beschwerde hiergegen allgemein den Verwandten und Verschwägerten des Kindes, sowie dessen Ehemann gestattet (§ 57 Nr 5 FGG). Wird der Antrag der Mutter auf Bestellung eines Beistandes abgelehnt oder die auf ihren Antrag erfolgte Bestellung aufgehoben, so ist nach § 20 FGG die Mutter beschwerdeberechtigt.

2. **Das Recht des Vaters, die Bestellung eines Beistandes durch letztwillige Verfügung anzuordnen,** ist nach § 1777 davon abhängig, daß er zur Zeit seines Todes kraft elterlicher Gewalt zur Vertretung des Kindes sowohl in persönlichen Angelegenheiten als in Vermögensangelegenheiten berechtigt ist. Wegen der sonstigen Voraussetzungen dieser Anordnung s. § 1777 A 1. Der Vater ist — was kaum zu billigen sein dürfte — zu der Anordnung auch dann berechtigt, wenn er bei der Scheidung als der schuldige Teil erklärt ist. Zu seinen Befugnissen gehört es auch, eine bestimmte Person als Beistand zu benennen (§§ 1694, 1777) und den Wirkungskreis des Beistandes zu bestimmen (§ 1688 Abs 3). Im übrigen ist er, abgesehen von dem von ihm selbst hinterlassenen Vermögen, nicht berechtigt, Vorschriften über die Verwaltung zu geben. Hat er sich darauf beschränkt, einen Beistand zu benennen, so kann die Anordnung nach Lage der Sache dahin gemeint sein, daß ein Beistand unbedingt bestellt werden soll, auch wenn der Benannte das Amt eines Beistandes nicht annehmen kann oder will.

3. In dem **Recht der Mutter, die Bestellung eines Beistandes zu beantragen,** ist auch das Recht enthalten, den Wirkungskreis des Beistandes auf bestimmte Angelegenheiten oder gewisse Arten von Angelegenheiten zu beschränken, wobei selbstverständlich die Mutter nichts daran ändern kann, daß der Beistand innerhalb dieses Wirkungskreises die in seiner öffent-

lichrechtlichen Stellung begründeten Pflichten zu erfüllen hat. Zur Benennung eines bestimmten Beistandes ist die Mutter nicht berechtigt (vgl. § 1694 A 1). Sie kann auch nicht verlangen, daß ihr der Beistand die Vermögensverwaltung abnimmt (vgl. § 1693). Dem Antragsrecht der Mutter entspricht es, daß ohne ihre Zustimmung die auf ihren Antrag erfolgte Bestellung des Beistandes nicht aufgehoben werden kann (§ 1695 Abs 2).

4. Das **Vormundschaftsgericht** kann endlich **von Amts wegen** der Mutter einen Beistand bestellen, wenn und soweit es dies aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes, sei es zur Unterstützung oder zur Überwachung der Mutter, für nötig erachtet. Als solche besonderen Gründe hebt das Gesetz den Umfang und die Schwierigkeit der Vermögensverwaltung hervor. Für die Bestellung eines Beistandes können aber auch sonstige Gründe, wie die mangelnde Befähigung oder die mangelnde Charakterfestigkeit der Mutter maßgebend sein. Auch der Umstand kann zur Bestellung eines Beistandes führen, daß die Mutter beharrlich den gesetzlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung des Kindes nicht nachgekommen ist (KGJ 20 A 251). Ist das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts aus §§ 1666, 1667 geboten, so kann die zur Abwendung der Gefahr zu treffende Maßregel unter anderem auch darin bestehen, daß der Mutter ein Beistand beigeordnet wird. Die Bestellung eines Beistandes von Amts wegen enthält eine Beschränkung der elterlichen Gewalt. Sie soll daher nach § 1673 erst angeordnet werden, nachdem zuvor die Mutter sowie Verwandte oder Verschwägerte des Kindes gehört sind. Ist die Mitwirkung eines Beistandes entbehrlich geworden, so ist sie von Amts wegen wieder aufzuheben (§ 1695 Abs 1).

§ 1688

Der Beistand kann für alle Angelegenheiten, für gewisse Arten von Angelegenheiten oder für einzelne Angelegenheiten bestellt werden[1]).

Über den Umfang seines Wirkungskreises entscheidet die Bestellung. Ist der Umfang nicht bestimmt, so fallen alle Angelegenheiten in seinen Wirkungskreis[2]).

Hat der Vater die Bestellung angeordnet, so hat das Vormundschaftsgericht Bestimmungen, die er nach Maßgabe des § 1777 über den Umfang des Wirkungskreises getroffen hat, bei der Bestellung zu befolgen.

E I 1539 II 1577 M 4, 800 P 4, 614.

1. Dem Vormundschaftsgericht ist durch diese Bestimmung die Möglichkeit gewährt, bei der Bestellung eines Beistandes von Amts wegen den **Wirkungskreis des Beistandes** entsprechend dem Bedürfnis des einzelnen Falles zu begrenzen. Zulässig ist es auch, den Beistand nur für eine bestimmte Zeit oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses zu bestellen. Der Anordnung des Vaters oder dem Antrage der Mutter (§ 1687 Nr 1 und 2) ist insofern unbedingt stattzugeben, als der Wirkungskreis nicht enger bestimmt werden darf. Dagegen ist das Vormundschaftsgericht nicht gehindert, auf Grund des § 1687 Nr 3 den Wirkungskreis über diese Grenzen zu erweitern. Erstreckt sich die Tätigkeit des Beistandes auf die Sorge für die Person des Kindes, so wird es regelmäßig nicht angebracht sein, den Wirkungskreis des Beistandes auf diesem Gebiete zu begrenzen.

2. Ist bei der Bestellung der Wirkungskreis des Beistandes nicht begrenzt, so gilt er als **für alle Angelegenheiten** bestellt, die in den Geschäftskreis der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt fallen. Der Umfang des Wirkungskreises ist in der dem Beistande zu erteilenden Bestallung anzugeben (vgl. § 1791 A 1).

§ 1689

Der Beistand hat innerhalb seines Wirkungskreises die Mutter bei der Ausübung der elterlichen Gewalt zu unterstützen und zu überwachen; er hat dem Vormundschaftsgerichte jeden Fall, in welchem es zum Einschreiten berufen ist, unverzüglich anzuzeigen[1]).

E I 1540 II 1578 M 4, 800 P 4, 614.

1. Durch die Bestellung eines Beistandes wird die Mutter — abgesehen davon, daß sie zu bestimmten Rechtshandlungen der Genehmigung des Beistandes bedarf (§§ 1690, 1691) — in ihren Verwaltungsbefugnissen nicht beschränkt. Dem Beistande ist die Aufgabe zugewiesen, die Mutter innerhalb seines Wirkungskreises durch Rat und Anleitung zu **unterstützen** und zugleich, was aus seiner Stellung als Hilfsglied des Vormundschaftsgerichts folgt, die vormundschaftliche Verwaltung der Mutter zu **überwachen**. In der Überwachungspflicht ist es

begründet, daß er dem Vormundschaftsgericht, sobald ein Anlaß zum Einschreiten vorliegt, Anzeige zu machen hat. Die Stellung eines Beistands entspricht somit im wesentlichen der eines Gegenvormundes (vgl. § 1694 A 1). Es ist ihm deshalb auch das in § 1799 Abs 2 dem Gegenvormund gewährte Recht auf Auskunfterteilung und Einsicht der Schriftstücke zuzuerkennen.

§ 1690

Die Genehmigung des Beistandes ist innerhalb seines Wirkungskreises[3]) zu jedem Rechtsgeschäft erforderlich, zu dem ein Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes bedarf. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, welche die Mutter nicht ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornehmen kann. Die Vorschriften der §§ 1828 bis 1831 finden entsprechende Anwendung[1]).

Die Genehmigung des Beistandes wird durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt[2]).

Das Vormundschaftsgericht soll vor der Entscheidung über die Genehmigung in allen Fällen, in denen das Rechtsgeschäft zu dem Wirkungskreise des Beistandes gehört, den Beistand hören, sofern ein solcher vorhanden und die Anhörung tunlich ist[2]).

E I 1541 Abs 1 u. 2, 1542 II 1579 M 4, 800 P 4, 615.

1. Die Bestellung eines Beistandes hat zur Folge, daß die **Mutter in allen Fällen, in denen der Vormund der Genehmigung des Gegenvormundes bedarf, an die Genehmigung des Beistandes gebunden ist.** Dagegen wird die Machtbefugnis des Vormundschaftsgerichts durch die Bestellung eines Beistands nicht erweitert. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wird vielmehr nur für diejenigen Rechtsgeschäfte erfordert, für welche auch der Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen würde. Es würde indes widersinnig sein, die Verwaltungsbefugnis der Mutter einzuschränken hinsichtlich der vom Gegenvormund zu genehmigenden Rechtsgeschäfte, nicht aber hinsichtlich der viel wichtigeren Rechtsgeschäfte, für die nach dem Vormundschaftsrecht über die Bestimmungen des § 1643 hinaus die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist. Für diese Rechtsgeschäfte ist deshalb gleichfalls die Genehmigung des Beistandes in Abs 1 vorgeschrieben. Eine besondere Bestimmung ist, daß die Mutter die Entlassung des Kindes aus der Staatsangehörigkeit nach § 14a StAngG in der Fassung des Art 41 EG auch dann, wenn sie die Entlassung zugleich für sich selbst beantragt, nur mit der Genehmigung des Beistandes beantragen kann, dessen Wirkungskreis in unbeschränktem oder beschränktem Umfange auf die Fürsorge für die Person des Kindes sich erstreckt, obschon in diesem Falle der Vater der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht bedarf. Die Genehmigung des Beistandes ist, sofern rechtswirksam seine Bestellung von dem Vater angeordnet oder von der Mutter beantragt ist, zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nötig, auch wenn es zur Bestellung des Beistandes noch nicht gekommen ist. Eine Ausnahme von der Notwendigkeit der Genehmigung wird auch nicht dadurch begründet, daß der Beistand verstorben oder aus anderem Grunde weggefallen und der neue Beistand noch nicht bestellt ist. Darüber, ob die Genehmigung von dem Beistande zu erteilen ist, hat der Dritte sich selbst zu vergewissern. Eine Vermutung für die Unbeschränktheit der elterlichen Gewalt der Mutter (vgl. § 1687 A 1) ist nicht gegeben. Die Bestimmungen der §§ 1828 bis 1831 über die Empfangsbedürftigkeit der Genehmigung (die nur der Mutter gegenüber erklärt werden kann) und über die rechtlichen Folgen des Fehlens der Genehmigung sind für entsprechend anwendbar erklärt.

2. Die Gleichstellung des Beistandes mit dem Gegenvormunde zeigt sich auch darin, daß das Vormundschaftsgericht vor Erteilung der Genehmigung zu einer Rechtshandlung der Mutter tunlichst den Beistand **hören** soll und daß die **Genehmigung des Beistandes durch die des Vormundschaftsgerichts ersetzt** wird, womit die für den Gegenvormund in §§ 1826, 1812 Abs 2 gegebenen Bestimmungen auf den Beistand übertragen sind. Der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts an Stelle des Beistandes bedarf es bei Fehlen des Beistandes natürlich nur dann, wenn die Bestellung des Beistandes geboten war.

3. Die Genehmigung oder Anhörung des Beistandes (vgl. A 1 und 2) ist nur nötig bei Geschäften, die in den **Wirkungskreis des Beistandes** fallen. Dieser Wirkungskreis kann nach § 1688 weiter oder enger bestimmt sein. Die Vorschrift des § 1825, wonach dem Vormunde zu bestimmten Rechtsgeschäften eine allgemeine Ermächtigung von dem Vormundschaftsgericht erteilt werden kann, findet zwar auf die Mutter keine Anwendung. Das gleiche Ergebnis kann aber dadurch erreicht werden, daß die betreffenden Rechtsgeschäfte von dem Wirkungskreise des Beistandes ausgenommen werden.

§ 1691

Soweit die Anlegung des zu dem Vermögen des Kindes gehörenden Geldes in den Wirkungskreis des Beistandes fällt, finden die für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften der §§ 1809, 1810 entsprechende Anwendung [1]).

E I 1541 Abs 3 II 1580 M 4, 801 P 4, 615.

1. Die Genehmigung des Beistandes ist in Einklang mit § 1810 — sofern der Wirkungskreis des Leistenden sich hierauf erstreckt — auch für die **Anlegung des Geldes** nötig. Das Fehlen der Genehmigung zieht nicht die Ungültigkeit der Anlage, sondern nur die Ersatzpflicht der Mutter nach sich. Auch der Beistand selbst kann trotz fehlender Genehmigung haftbar sein, wenn er sich um die Anlegung nicht gekümmert hat. Die Genehmigung des Beistandes kann auch hier gemäß § 1810 (vgl. § 1690 A 2) durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt werden. Erfolgt die Anlegung des Geldes gemäß § 1807 Nr 5 oder § 1808 bei einer Sparkasse oder Bank, so ist es durch §§ 1691 und 1809 der Mutter zur Pflicht gemacht, die Anlegung des Geldes mit der Bestimmung zu bewirken, daß Abhebung des Geldes nur mit Zustimmung des Beistandes zulässig ist (vgl. § 1809 A 1). Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift kann sowohl die Mutter als den Beistand haftbar machen. Die Notwendigkeit der Genehmigung des Beistandes zur Erhebung des angelegten Geldes sowie zur sonstigen Verfügung über geldwerte Forderungen des Kindes folgt aus §§ 1690 und 1812.

§ 1692

Hat die Mutter ein Vermögensverzeichnis einzureichen, so ist bei der Aufnahme des Verzeichnisses der Beistand zuzuziehen [1]); das Verzeichnis ist auch von dem Beistande mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen [2]). Ist das Verzeichnis ungenügend, so finden, sofern nicht die Voraussetzungen des § 1667 vorliegen, die Vorschriften des § 1640 Abs. 2 entsprechende Anwendung [3]).

E II 1581 P 4, 555 u. 616; 6, 301.

1. Der Überwachungspflicht des Beistandes entspricht es, daß er bei der Aufnahme des dem Vormundschaftsgericht einzureichenden **Vermögensverzeichnisses** durch die Mutter — wozu diese nach § 1640 im Falle des Todes oder der Todeserklärung des Vaters verpflichtet ist — mitzuwirken hat, soweit sein Wirkungskreis auf das betreffende Vermögen sich erstreckt. Ist der Mutter die Pflicht zur Einreichung des Vermögensverzeichnisses auf Grund des § 1667 auferlegt, so kann das Vormundschaftsgericht über die Mitwirkung des Beistandes nähere Bestimmungen treffen. Andernfalls bleibt § 1692 maßgebend. Aus der Mitwirkung bei der Aufnahme des Vermögensverzeichnisses folgt das Recht und die Pflicht des Beistandes, auch bei der Rechnungslegung nach näherer Anordnung des Vormundschaftsgerichts mitzuwirken.

2. Die Beifügung dieser **Versicherung** ist vorgeschrieben, damit sich der Beistand seiner Verantwortlichkeit bewußt werde. Die Haftbarkeit des Beistandes ist aber nicht etwa davon abhängig, daß er die Erklärung abgegeben hat.

3. Die Befugnis des Vormundschaftsgerichts, die **amtliche Aufnahme** des Verzeichnisses gemäß § 1640 Abs 2 und im Falle des Einschreitens aus § 1667 auf Grund der gleichen Vorschrift anzuordnen, wird dadurch nicht berührt, daß die Mitwirkung des Beistandes erforderlich ist.

§ 1693

Das Vormundschaftsgericht kann auf Antrag der Mutter dem Beistande die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen [1]); soweit dies geschieht, hat der Beistand die Rechte und Pflichten eines Pflegers [2]).

E II 1582 Satz 1 P 4, 614.

1. Die **Vermögensverwaltung** kann der Mutter abgenommen werden und **dem Beistande übertragen** werden, jedoch nur auf Antrag oder, was dem gleichsteht, *mit Zustimmung der Mutter* und nur, wenn das Vormundschaftsgericht die Mutter zur Führung der Vermögensverwaltung nicht für geeignet erachtet (a. M. Blume A 2, der annimmt, daß dem Antrage der Mutter unbedingt stattzugeben sei). Die Übertragung der Vermögensverwaltung kann in der Form erfolgen, daß der Beistand besonders für die Vermögensverwaltung verpflichtet wird. Sie braucht aber nicht in dieser Form zu erfolgen (a. M. Blume A 2). Es genügt, daß die Übertragung dem Beistande von dem Vormundschaftsgericht be-

kannt gemacht wird. Die Erweiterung der Befugnisse des Beistandes ist in der Bestallung zum Ausdruck zu bringen. Über die Rückübertragung der Verwaltung auf die Mutter s. § 1695 A 1.

2. Im Falle der Übertragung hat der Beistand die Vermögensverwaltung selbständig zu führen an Stelle der Mutter, die das bisher von ihr verwaltete Vermögen unter Rechnungslegung an ihn herauszugeben hat (§§ 1681, 1686). Dem Beistande kommen deshalb auf diesem Gebiete die **Rechte** (Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, auf Vorschuß und Vergütung) **und Pflichten** (Pflicht der Vermögensverzeichnung und Rechnungslegung, der mündelsicheren Anlegung des Geldes, der Hinterlegung von Wertpapieren und Kostbarkeiten, der Einholung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts) **eines Pflegers** zu, wenn schon er die Stellung eines Beistandes behält. Letzteres zeigt sich namentlich darin, daß mit dem Wegfall des Rechts der Mutter zur Vermögensverwaltung (vgl. § 1647) auch sein Amt als Vermögensverwalter aufhört (a. M. Planck A 4). Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und der Mutter in einer sowohl das Vermögen als die Person des Kindes betreffenden Angelegenheit entscheidet nach § 1629 (vgl. auch § 1798) das Vormundschaftsgericht. Die Bestellung eines Gegenvormundes neben dem Beistand in seiner Eigenschaft als Vermögensverwalter (vgl. § 1915) ist als unzulässig zu erachten, da hierdurch die Stellung des Beistandes eine grundsätzliche Änderung erfahren würde (a. M. Blume A 3 b).

§ 1694

Für die Berufung, Bestellung und Beaufsichtigung des Beistandes, für seine Haftung und seine Ansprüche, für die ihm zu bewilligende Vergütung und für die Beendigung seines Amtes gelten die gleichen Vorschriften wie bei dem Gegenvormunde.

Das Amt des Beistandes endigt auch dann, wenn die elterliche Gewalt der Mutter ruht[1]).

E I 1453 II 1583 M 4, 801 P 4, 616; 6, 301.

1. **Gleichstellung des Beistandes mit dem Gegenvormund.** Die Stellung des Beistandes hat mit der des Gegenvormundes eine solche Ähnlichkeit, daß die für letzteren geltenden allgemeinen Vorschriften über Berufung, Bestellung (§§ 1776 bis 1791), über Beaufsichtigung (vgl. namentlich §§ 1837, 1839) und über Beendigung des Amtes (§§ 1882 bis 1895) auf den Beistand für anwendbar erklärt werden durften. Keine Anwendung kann jedoch die Bestimmung des § 1776 Nr 2 über die Benennung des Gegenvormundes durch die Mutter finden, da diese Benennung nur durch letztwillige Verfügung (§ 1777 Abs 3), also nur für die Zeit nach dem Tode der Mutter statthaft sein würde. Das Vormundschaftsgericht muß hier, da es auch gegen den Willen der Mutter einen Beistand bestellen kann, freie Hand haben, einen andern als den von der Mutter benannten Beistand auszuwählen, da sonst der Zweck der Einrichtung leicht vereitelt werden könnte. Nur insofern kann die Mutter auf die Auswahl des Beistandes Einfluß üben, als sie ihren Antrag auf Bestellung eines Beistandes davon abhängig machen kann, daß der von ihr vorgeschlagene Beistand bestellt wird. Hinsichtlich der Beendigung des Amtes kommt in Betracht, daß der Beistand nicht für das Kind bestellt, sondern der Mutter beigeordnet wird (vgl. § 1693 A 2). Das Amt des Beistandes wird deshalb auch dadurch beendet, daß die elterliche Gewalt der Mutter fortfällt oder ruht (§§ 1676—1680, 1696 und 1697). Neben dem für das Kind zu bestellenden Vormunde würde der Beistand keinen Platz behalten können. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß der bisherige Beistand als Gegenvormund neu bestellt wird. Die bezeichneten Vorschriften sind anwendbar auch in dem Falle, daß dem Beistande die Vermögensverwaltung übertragen ist (§ 1693). Der Beistand ist ferner in bezug auf Haftbarkeit, was aus der Natur des Amtes folgt, und in bezug auf die ihm zu gewährende Vergütung dem Gegenvormund gleichgestellt. Der Beistand hat auch das gleiche Beschwerderecht wie der Gegenvormund (vgl. § 1799 A 1, § 57 Abs. 1 Nr 6 FGG). Ist dem Beistande die Vermögensverwaltung übertragen, so kommen nach §§ 1693, 1915 die Vorschriften über die Haftbarkeit und den Vergütungsanspruch des Vormundes (§§ 1833, 1836) zur Anwendung (vgl. § 1693 A 2).

§ 1695

Das Vormundschaftsgericht kann in den Fällen des § 1687 Nr. 2, 3 die Bestellung des Beistandes und im Falle des § 1693 die Übertragung der Vermögensverwaltung auf den Beistand jederzeit aufheben[1]).

Ist die Bestellung des Beistandes nach § 1687 Nr. 2 erfolgt, so soll sie nur mit Zustimmung der Mutter aufgehoben werden. Das Gleiche gilt für die Übertragung der Vermögensverwaltung auf den Beistand[1]).

E II 1582 Satz 2, 1584 P 4, 616.

1. Die **Befugnis des Vormundschaftsgerichts, die wegen Bestellung eines Beistandes und Übertragung der Vermögensverwaltung getroffenen Anordnungen wieder aufzuheben,** ist beschränkt durch das Recht des Vaters und der Mutter. Beruht die Beiordnung eines Beistandes auf der durch letztwillige Verfügung getroffenen, also erst nach seinem Tode wirksamen Anordnung des Vaters (§ 1687 Nr 1), so kann sie, da der Vater ein Recht auf Bestellung des Beistandes hat, überhaupt nicht aufgehoben werden. Beruht sie auf dem Antrage der Mutter (§ 1687 Nr 2), so ist die Aufhebung wegen des Rechts der Mutter nur mit ihrer Zustimmung zulässig. Ebenso soll die Mutter, wenn einmal das Vormundschaftsgericht auf ihren Antrag sich veranlaßt gesehen hat, die Vermögensverwaltung dem Beistande zu übertragen, dagegen geschützt sein, daß diese Maßnahme wider ihren Willen in Wegfall kommt. Die Rückübertragung der Verwaltung ist nur mit ihrer Zustimmung zulässig. Die diesen Vorschriften zuwider erfolgte Aufhebung (Rückübertragung) ist jedoch nicht ungültig. Das Vormundschaftsgericht ist nur nach § 1674 ersatzpflichtig. — Über das Recht der Beschwerde im Falle der Aufhebung der Beistandschaft s. § 1687 A 1.

§ 1696

Ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen Minderjährigkeit, so hat die Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen; zur Vertretung des Kindes ist sie nicht berechtigt. Der Vormund des Kindes hat, soweit der Mutter die Sorge zusteht, die rechtliche Stellung eines Beistandes[1]).

E I 1554 Abs 2 II 1585 M 4, 820 P 4, 639.

1. Von der Regel des § 1676, daß die beschränkt geschäftsfähige Mutter nur neben dem gesetzlichen Vertreter die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes hat, wird hier eine Ausnahme gemacht für den Fall der **Minderjährigkeit der Mutter,** ein Fall, der bei dem Vater wegen des seltenen Vorkommens (vgl. § 1676 A 2) keine Berücksichtigung verdient. Die minderjährige Mutter (vgl. § 1303) bleibt, wennschon die elterliche Gewalt ruht (§§ 1676, 1677), abgesehen von dem Vertretungsrecht, in vollem Umfange befähigt, das Recht der Sorge für die Person des Kindes auszuüben. In Angelegenheiten der Erziehung entscheidet ihre Meinung, nicht diejenige des Vormundes, der neben ihr auf dem Gebiet der Sorge für die Person nur die Stellung eines Beistandes hat. Sie muß auch als berechtigt gelten, in Erziehungssachen selbständig Anträge bei der Behörde, insbesondere dem Vormundschaftsgericht (vgl. die für das Kind gegebene Vorschrift des § 59 FGG), zu stellen und Beschwerde zu führen, und kann ihr Fürsorgerecht auch dadurch zur Geltung bringen, daß sie Klage auf Herausgabe des Kindes anstellt. Nur zur Vertretung des Kindes bei Rechtshandlungen und in Rechtsstreitigkeiten ist sie nicht berechtigt. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen ihr und dem Vormunde des Kindes über eine sowohl die Person als das Vermögen des Kindes betreffende Angelegenheit entscheidet das Vormundschaftsgericht (KG in RJA 8, 9).

§ 1697

Die Mutter verliert die elterliche Gewalt, wenn sie eine neue Ehe eingeht. Sie behält jedoch unter den im § 1696 bestimmten Beschränkungen das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen[1])[2]).

E I 1558 II 1586 M 4, 833 P 4, 645.

1. Mit der **Wiederverheiratung verliert die Mutter das Recht der Vermögensverwaltung und die Nutznießung.** Das Vermögen ist deshalb unter Rechnungslegung (§ 1681) an den neu zu bestellenden Vormund herauszugeben. Wird die Mutter zum Vormunde bestellt — was beim Mangel eines berufenen Vormundes (§§ 1776, 1777) und mit Zustimmung ihres Mannes (§ 1783) zulässig ist — so unterbleibt zwar die Herausgabe, nicht aber die Rechnungslegung (die gegenüber einem für das Kind zu bestellenden Pfleger zu bewirken ist), da die Mutter nunmehr die Verwaltung aus anderem Rechtsgrunde führt (a. A. in letzterer Beziehung Blume A 4). Die Mutter hat außerdem, bevor sie zur Schließung der neuen Ehe zugelassen werden kann (vgl. § 1314), die ihr ebenso wie dem Vater nach § 1669 obliegende Pflicht der Auseinandersetzung zu erfüllen. Mit der Wiederverheiratung verliert ferner die

Mutter das Recht der Vertretung des Kindes, nicht aber die tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes, die ihr in dem in § 1696 bestimmten Umfange verbleibt. Über die Frage, ob der Verlust der elterlichen Gewalt auch die Mutter betrifft, die vor dem Inkrafttreten des BGB eine neue Ehe eingegangen war, wenn die Ehe bereits vor diesem Zeitpunkt wieder aufgelöst ist, s. Vorbem 7 vor § 1616.

2. Ist die **neue Ehe** wegen Mangels der Form und Nichteintragung in das Heiratsregister (§ 1699 Abs 2) als nicht bestehend anzusehen, so tritt der Verlust der elterlichen Gewalt nicht ein. Ist die Ehe nichtig oder anfechtbar, so fällt der Verlust der elterlichen Gewalt — unbeschadet der Gültigkeit der bis dahin von dem Vormund vorgenommenen Rechtshandlungen — wieder fort, sobald die Ungültigkeit der Ehe rechtskräftig festgestellt ist. Die Scheidung der Ehe kann natürlich die verloren gegangene elterliche Gewalt nicht wieder zur Entstehung bringen.

§ 1698

Wird für das Kind ein Vormund bestellt, weil die elterliche Gewalt des Vaters ruht oder verwirkt ist oder weil die Vertretung des Kindes dem Vater entzogen ist, oder wird für die Erziehung des Kindes an Stelle des Vaters ein Pfleger bestellt, so steht der Mutter die Sorge für die Person des Kindes neben dem Vormund oder dem Pfleger in gleicher Weise zu wie nach § 1634 neben dem Vater[1]).

E II 1574 P 4, 638 u. 650; 6, 300.

1. Nach § 1634 steht der Mutter neben dem im Besitz der elterlichen Gewalt befindlichen Vater die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes in der Weise zu, daß bei Meinungsverschiedenheiten die Meinung des Vaters vorgeht. Dieses **Recht** bleibt **der Mutter** in denjenigen Fällen erhalten, in denen, **ohne daß die elterliche Gewalt** oder die Ausübung der elterlichen Gewalt auf sie **übergeht** (§§ 1684, 1685), an Stelle des Vaters, mag nun die Ehe noch bestehen oder bereits aufgelöst sein, ein Vormund oder zur Wahrnehmung der Sorge für die Person des Kindes ein Pfleger tritt. Der Mutter kommt dann neben dem Vormund oder Pfleger die Fürsorge in gleicher Weise wie neben dem Vater zu. Es kommt hierbei auch nicht darauf an, ob der Mutter bei Scheidung der Ehe die Erziehung des Kindes abgesprochen ist, da sie damit das Recht der Fürsorge nur zugunsten des Vaters, nicht zugunsten des Vormundes oder Pflegers verloren hat. Die weitergehenden Rechte, die der Mutter bei Ruhen der elterlichen Gewalt wegen Minderjährigkeit und nach § 1635 hinsichtlich des ihr zugesprochenen Kindes aus geschiedener Ehe zustehen, werden durch § 1698 nicht berührt.

Fünfter Titel

Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen

§ 1699

Ein Kind aus einer nichtigen Ehe, das im Falle der Gültigkeit der Ehe ehelich sein würde, gilt als ehelich, sofern nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt haben[2]).

Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn die Nichtigkeit der Ehe auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist[1]).

E I 1562 II 1587 M 4, 843 u. 850 P 4, 662 u. 663.

1. Das Gesetz unterscheidet zwischen **Nichtehe** und nichtiger Ehe. Ist die in § 1317 vorgeschriebene Form der Eheschließung nicht beobachtet und ist die Form nicht wenigstens insofern gewahrt, daß die Ehe von dem Standesbeamten in das Heiratsregister eingetragen ist, so gilt die Ehe als nicht bestehend (schlechthin nichtig) und kann deshalb, ohne daß sie für nichtig erklärt zu werden braucht, nach keiner Richtung hin die Wirkungen der Ehe haben (vgl. §§ 1329 S 2, 1344 Abs 2, 1345 Abs 2). Die Kinder aus einer solchen Ehe haben daher nicht die Eigenschaft ehelicher Kinder.

2. Anders ist es bei einer **nichtigen** oder **anfechtbaren Ehe.** Die Kinder, die aus einer solchen Ehe bis zu dem Zeitpunkte der rechtskräftigen Feststellung ihrer Nichtigkeit

nach den Vorschriften der §§ 1591—93, 1600 entstammen, werden grundsätzlich als ehelich angesehen. Sie gelten als ehelich, wenn schon ihnen folgerichtig diese Eigenschaft nicht zukommen würde. Festgehalten ist jedoch an der Beschränkung, daß einer der Ehegatten bei Schließung der Ehe — von dem Falle der Drohung (§ 1704) abgesehen — gutgläubig gewesen sein muß. Ist beiden Ehegatten bei Schließung der Ehe die Nichtigkeit (Anfechtbarkeit) bekannt, so gehen sie in bewußter Hinwegsetzung über das Gesetz eine Scheinehe ein, die vor dem Recht keine Anerkennung finden kann. Die Unehelichkeit kann von einem jeden Beteiligten geltend gemacht werden, sobald die Nichtigkeit der Ehe gemäß §§ 1329, 1343 Abs. 2 rechtskräftig festgestellt ist oder die Ehe aufgelöst ist. Die im Familienstandsprozesse zwischen den Eltern und dem Kinde über die Ehelichkeit ergehende Entscheidung hat Wirkung für und gegen alle (§§ 640, 643 ZPO). Über den Begriff der Bösgläubigkeit und die Beweislast s. § 1701 A 1.

§ 1700

Das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem Kinde, das nach § 1699 als ehelich gilt, bestimmt sich, soweit sich nicht aus den §§ 1701, 1702 ein anderes ergibt, nach den Vorschriften, die für ein Kind aus einer geschiedenen Ehe gelten, wenn beide Ehegatten für schuldig erklärt sind[1]).

E I 1563 II 1588 M 4, 845 P 4, 664.

1. § 1700 findet Anwendung, wenn beide Ehegatten gutgläubig sind. Für diesen Fall entspricht es der Stellung der Ehegatten zueinander, das Rechtsverhältnis zwischen ihnen und dem Kinde, nachdem die Ehe rechtskräftig für nichtig erklärt ist, so zu beurteilen, **als wenn die Ehe wegen beiderseitigen Verschuldens geschieden wäre** (vgl. § 1637). Dem Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt verbleibt die Sorge für das Vermögen und das Vertretungsrecht sowie die Nutznießung, während die tatsächliche Fürsorge für die Person und das Recht des Verkehrs mit dem Kinde nach §§ 1635, 1636 sich bestimmt. Der unterhaltspflichtige Vater hat nach § 1585 das Recht, von der Mutter einen angemessenen Beitrag zu fordern.

§ 1701

War dem Vater die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt[1]), so hat er nicht die sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte[2]). Die elterliche Gewalt steht der Mutter zu[3])[4]).

E I 1564 II 1589 M 4, 846 P 4, 664 ff.

1. Die **Kenntnis des Vaters von der Nichtigkeit der Ehe** muß zur Zeit der Eheschließung bestanden haben. Spätere Kenntnis schadet nicht. Das Wissenmüssen steht dem Wissen hier nicht gleich. Es genügt auch nicht die bloße Kenntnis der die Nichtigkeit begründenden Tatsachen, dem Vater muß vielmehr die rechtliche Folge, daß die Ehe, mag sie nun nichtig oder anfechtbar sein, vom Gesetz nicht anerkannt wird, bekannt gewesen sein. Der Beweis der Bösgläubigkeit ist von demjenigen zu führen, der hieraus Rechte für sich herleitet.

2. Der Vater wird im Falle der Bösgläubigkeit, was seine Rechte gegenüber dem Kinde betrifft, **dem natürlichen Vater gleich behandelt.** Er verliert nicht nur das Recht der elterlichen Gewalt, sondern auch die sonstigen aus der Vaterschaft sich ergebenden Rechte (vgl. Vorbem 3 vor § 1616). Als ein solches Recht aus der Vaterschaft ist es nicht anzusehen, daß das Kind den Namen und den Wohnsitz des Vaters teilt (§§ 1616 A 1, 11 A 1). Der Verlust der Rechte tritt, sobald die Ehe rechtskräftig für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, bei Nachweis der Bösgläubigkeit mit rückwirkender Kraft ein (a. M. Dernburg IV § 86 II 1), ohne daß die in § 1344 gegebene, auf den Schutz des redlichen Dritten berechnete Vorschrift hier entsprechende Anwendung finden kann (bestr.). Es wird jedoch angenommen werden dürfen, daß der Vater den Dritten, der auf das Bestehen der elterlichen Gewalt des Vaters sich verlassen hat, schadlos halten muß. Die im Familienstandsprozesse über die Bösgläubigkeit ergehende Entscheidung hat Wirkung für und gegen alle (§§ 640, 643 ZPO). Von den aus der ehelichen Vaterschaft sich ergebenden Verpflichtungen ist der bösgläubige Vater nicht befreit, soweit diese sich nicht lediglich als ein Ausfluß seines Rechts darstellen, wie es z. B. bei der dem Vater nach § 832 obliegenden, in der elterlichen Gewalt begründeten Aufsichtspflicht der Fall ist. Zur Gewährung des Unterhalts ist der Vater nach §§ 1601 ff. verpflichtet, ohne daß ihm die in § 1612 Abs 2 bestimmten, mit dem Fürsorgerecht des Vaters zusammenhängenden Befugnisse zustehen. Keinen Einfluß hat die Bösgläubigkeit auf das in § 1310 Abs 3 bestimmte Ehehindernis der Verwandtschaft (vgl. § 1589 A 3).

3. Die **elterliche Gewalt** geht nicht auf die **Mutter** über, sondern steht ihr nach Maßgabe der §§ 1686 ff. von vornherein zu. Verheiratet sich die Mutter, so gilt dies als Eingehung einer neuen Ehe im Sinne des § 1697, da wenigstens hinsichtlich der Kinder das Bestehen einer früheren Ehe anzuerkennen ist.

4. Der Verlust der Rechte aus der Vaterschaft trifft den Vater **persönlich** als Strafe für die Bösgläubigkeit. Das Rechtsverhältnis zwischen den Verwandten des Vaters und dem Kinde wird hierdurch in keiner Weise berührt. Zwischen ihnen und dem Kinde bleiben die durch die Ehelichkeit des Kindes begründeten Rechte und Pflichten bestehen (bestr.), was namentlich auf dem Gebiete des Erbrechts von Wichtigkeit ist (vgl. auch § 1899 A 1).

§ 1702

War der Mutter die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt, so hat sie in Ansehung des Kindes nur diejenigen Rechte, welche im Falle der Scheidung der allein für schuldig erklärten Frau zustehen[1]).

Stirbt der Vater oder endigt seine elterliche Gewalt aus einem andern Grunde, so hat die Mutter nur das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen; zur Vertretung des Kindes ist sie nicht berechtigt. Der Vormund des Kindes hat, soweit der Mutter die Sorge zusteht, die rechtliche Stellung eines Beistandes[1]).

Die Vorschriften des Abs. 2 finden auch dann Anwendung, wenn die elterliche Gewalt des Vaters wegen seiner Geschäftsunfähigkeit oder nach § 1677 ruht[1])[2]).

E I 1565 II 1590 M 4, 847 P 4, 664 ff.

1. Die **bösgläubige Mutter** (vgl. § 1701 A 1) ist hinsichtlich der Rechte und Pflichten **der unehelichen Mutter gleichgestellt.** Es stehen ihr jedoch neben dem die elterliche Gewalt oder die tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes (vgl. § 1676 Abs 2) ausübenden Vater, da sie nicht mehr Rechte wie die Ehefrau haben kann, nur die Rechte einer bei der Scheidung allein für schuldig erklärten Ehefrau zu, sodaß ihr nur die Befugnis des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde zukommt (§ 1636). Gleich der unehelichen Mutter hat sie das Recht der tatsächlichen Fürsorge für die Person in der Weise, daß der Vormund auf diesem Gebiete nur die Stellung eines mit der Unterstützung und Überwachung der Mutter betrauten Beistandes einnimmt (§§ 1707, 1689). Diese Rechte erlangt sie aber erst, wenn die väterliche Gewalt beendet ist oder ruht. Die Fürsorge für die Person des Kindes erlangt sie überhaupt nicht, wenn das Ruhen der väterlichen Gewalt in der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Vaters oder in der Bestellung eines Gebrechlichkeitspflegers für seine Person und sein Vermögen seinen Grund hat (§ 1676 Abs 2). In diesen Fällen ist dem Vater die tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes neben dem Vormunde eingeräumt und ist deshalb, da die bösgläubige Mutter dem Vater nachstehen muß, kein Raum mehr für die Fürsorge der Mutter. Es verbleibt ihr nur das Recht des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde (§ 1636). Zum Vormunde des großjährigen Kindes ist die bösgläubige Mutter ebensowenig berufen wie die uneheliche Mutter (§ 1899 Abs 3). Auch stehen ihr nicht die der ehelichen Mutter gewährten Befreiungen zu (§§ 1904 Satz 1, 1903). Das Rechtsverhältnis der Verwandten der Mutter zu dem Kinde wird durch die Bösgläubigkeit der Mutter nicht beeinflußt.

2. Die zu 1 bezeichnete Rechtsstellung der bösgläubigen Mutter tritt, sobald die Ehe rechtskräftig für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, im Falle des Erweises der Bösgläubigkeit mit **rückwirkender Kraft** ein (vgl. § 1701 A 2 und § 1699 A 2), welche Rückwirkung hier kaum zu Unzuträglichkeiten führen kann.

§ 1703

Gilt das Kind nicht als ehelich, weil beiden Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war, so kann es gleichwohl von dem Vater, solange er lebt[2]), Unterhalt wie ein eheliches Kind verlangen. Das im § 1612 Abs. 2 bestimmte Recht steht dem Vater nicht zu[1]).

E I 1566 Abs 1 II 1591 M 4, 848 P 4, 667.

1. Die Rechtsstellung des wegen Nichtigkeit der Ehe und Bösgläubigkeit der Eltern unehelichen Kindes (§ 1699) ist entsprechend einem Beschlusse der zweiten Kommission (Prot 4, 668 ff.) der Rechtsstellung des ehelichen Kindes insofern angenähert, als es den **Unterhalts-**

anspruch eines ehelichen Kindes auch gegen seinen Vater hat. Diese Gleichstellung führt aber nicht dazu, daß nunmehr auch dem Vater die in § 1612 Abs 2 bestimmte Vergünstigung zukommt, dem unverheirateten Kinde gegenüber zu bestimmen, in welcher Art und für welche Zeit im Voraus der Unterhalt gewährt werden soll (vgl. § 1701 A 2). Dem Interesse des Vaters ist dadurch genügend Rechnung getragen, daß er bei Vorhandensein besonderer Gründe gemäß § 1612 Abs 1 darauf antragen kann, daß ihm die Gewährung des Unterhalts in anderer Weise als durch Entrichtung einer Geldrente gestattet wird.

2. Ein Pflichtteilsrecht oder Erbrecht ist dem in § 1703 bezeichneten unehelichen Kinde nicht eingeräumt. Auch der Unterhaltsanspruch eines ehelichen Kindes kommt ihm nur zu, **solange der Vater lebt.** Dagegen bleibt ihm nach dem Tode des Vaters das Recht, gegen dessen Erben den einem unehelichen Kinde zustehenden Unterhaltsanspruch (§ 1712) geltend zu machen. Die Frage, ob das Kind auch bei Lebzeiten des Vaters den Unterhaltsanspruch eines unehelichen Kindes (§§ 1708 ff.) wählen darf, ist richtiger zu verneinen (bestr.). Es ist ihm natürlich unbenommen, den Unterhalt nur in der Höhe zu fordern, in der auch das uneheliche Kind Unterhalt verlangen kann. Dadurch wird aber der Unterhaltsanspruch selbst, der nur nach Maßgabe der §§ 1601 ff. gerechtfertigt ist, in seinem Wesen nicht verändert. Die Mutter kann deshalb, wenn der Vater ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts nicht imstande ist, den Unterhalt zu gewähren (§ 1603 Abs 2 Satz 2), zur Abwendung ihrer Unterhaltspflicht sich nicht darauf berufen, daß in Höhe des dem unehelichen Kinde zu gewährenden Unterhalts der natürliche Vater nach § 1708 vor der Mutter haftet (a. M. Planck A 1 e).

§ 1704

Ist die Ehe wegen Drohung anfechtbar und angefochten, so steht der anfechtungsberechtigte Ehegatte einem Ehegatten gleich, dem die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung unbekannt war[1]).

E I 1567 II 1592 M 4, 850 P 4, 670.

1. Dem **wegen Drohung anfechtungsberechtigten Ehegatten** (§ 1335) kann ebensowenig wie dem gutgläubigen Ehegatten daraus ein Vorwurf gemacht werden, daß er eine anfechtbare Ehe eingegangen ist. Er hat deshalb die Rechte eines gutgläubigen Ehegatten (vgl. § 1346). Gutgläubig kann übrigens, wenn die Drohung von einem Dritten ausgegangen ist, auch der andere Ehegatte sein, gegen den die Drohung sich nicht gerichtet hat. Bei Gutgläubigkeit beider Ehegatten wird § 1700 anwendbar.

Sechster Titel

Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder

1. Dem Grundgedanken der Ehe entspricht es, daß eheliche Kinder nur in der Ehe gewonnen werden können und daß deshalb das aus außerehelichem Geschlechtsverkehr hervorgegangene Kind nicht oder doch nur in beschränktem Maße die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes haben kann. **Das uneheliche Kind tritt nur in die Familie der Mutter,** nicht in die Familie des Vaters, und auch die Mutter selbst hat nicht die Rechte der elterlichen Gewalt, sondern ist auf die tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes beschränkt (§§ 1705, 1707). Die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem Kinde und der Mutter (§§ 1708 ff., 1715) ist regelmäßig eine beschränkte. Dadurch, daß die Eltern nachträglich die Pflicht der Eheschließung erfüllen, können dem unehelichen Kinde die Rechte eines ehelichen verschafft werden (§§ 1719 bis 1722). Ausnahmsweise ist dies für das Rechtsverhältnis zwischen dem Vater und dem Kinde sowie dessen Abkömmlingen auch möglich auf dem Wege der Ehelichkeitserklärung, die auf Antrag des Vaters vom Staate nach freiem Ermessen erteilt wird (§§ 1723 ff.). Über die Kindesannahme siehe Vorbem vor § 1741.

2. Nach dem Grundsatze des Art 20 EG, der ergänzungsweise auch auf Ausländer angewandt werden darf (vgl. Vorbem 6 vor § 1) bestimmt sich, was den **räumlichen Geltungsbereich** der Gesetze betrifft, das Rechtsverhältnis zwischen dem unehelichen Kinde und der Mutter nach dem jeweiligen Recht der Staatsangehörigkeit der Mutter. Im Interesse des deutschen Kindes ist ferner in Art 20 Satz 2 bestimmt, daß die einmal begründete Anwendbarkeit des deutschen Rechts durch das Erlöschen der Reichsangehörigkeit der Mutter nicht verloren geht, sofern nur das Kind sie behalten hat. Für die gegen den natürlichen Vater von dem Kinde oder der Mutter zu erhebenden Ansprüche ist nach dem allgemein gültigen Grundsatz des Art 21 das Recht der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes maßgebend, wobei jedoch zugunsten des deutschen Vaters die Einschränkung hinzugefügt ist, daß die An-

sprüche auch nach dem inländischen Recht des Vaters begründet sein müssen. Die Voraussetzungen und Wirkungen der Legitimation durch Eheschließung und Ehelichkeitserklärung sind gemäß dem einer Erweiterung fähigen Grundsatze des Art 22 (vgl. Vorbem 6 vor § 1) nach dem Recht des Vaters zur Zeit der Eheschließung oder des Erlosses der die Ehelichkeitserklärung erteilenden Verfügung der Staatsgewalt zu beurteilen. Wegen der Form der Erklärungen und wegen des Erfordernisses der Einwilligung siehe Vorbem 2 vor § 1741.

3. **Übergangsvorschriften.** Seit Inkrafttreten des BGB richtet sich gemäß Art 208 EG das Rechtsverhältnis zwischen dem früher geborenen unehelichen Kinde und seiner Mutter sowie den mütterlichen Verwandten nach neuem Recht. Das uneheliche Kind ist mit dem 1. 1. 00 in die Familie der Mutter ohne weiteres eingetreten, ohne daß eine Anerkennung des Kindes durch die Mutter erforderlich war (RG 3. 7. 03 II 560/02). Hinsichtlich des Rechts, den Familiennamen des Vaters zu führen, hinsichtlich der Unterhaltspflicht des Vaters und der Zulässigkeit der Erforschung der Vaterschaft bleibt das frühere Recht bestehen. Nur ist in letzterer Hinsicht das in Art 340 c. c. ausgesprochene Verbot als zwingendes Verbot für das Recht des Prozeßgerichts fortgefallen (RG 48, 168). Die Voraussetzungen und Wirkungen der Legitimation bestimmen sich, wenn die Eheschließung oder die Ehelichkeitserklärung oder das sonstige die Ehelichmachung begründende Ereignis (Erzeugung des Kindes im Brautstande unter Herrschaft des sächsischen Rechts) vor dem 1. 1. 00 stattgefunden hat, nach früherem Recht (Artt 209, 208 Abs 2). Das neue Recht greift hier nur insofern ein, als die den legitimierten Kindern gewährte Rechtsstellung eines ehelichen Kindes jetzt ihren Inhalt aus dem neuen Recht empfängt.

4. **Öffentliches Recht.** Die unehelichen Kinder erlangen nach §§ 2 Nr 1, 3 StAngG (vgl. auch § 13 Nr 4 das.) mit der Geburt die ihrer Mutter zu diesem Zeitpunkte zustehende Staatsangehörigkeit, nehmen aber im übrigen weder an dem Erwerbe noch dem Verluste der Staatsangehörigkeit der Mutter, vorbehaltlich einer bei der Verleihung der Staatsangehörigkeit oder der Entlassung zu treffenden andern Festsetzung, teil, da die Mutter nicht die gesetzliche Vertreterin des Kindes ist (§§ 11, 19 Abs 1, 21 Abs 2 des bez. G. i. d. F. des Art 41 EG). Der Unterstützungswohnsitz der Mutter wird von dem unehelichen Kinde geteilt (§§ 21, 18 UWG v. 30. 5. 08). Von der Erbschaftssteuer ist der Erwerb befreit, der dem unehelichen Kinde aus dem Vermögen der Mutter oder der mütterlichen Voreltern anfällt (§ 11 Nr 4b ErbschStG v. 3. 6. 06), nicht der Erwerb aus dem Vermögen des Vaters, der seine Vaterschaft anerkannt hat. Ob der Adel der Mutter auf das uneheliche Kind übergeht, ist eine nach Landesrecht zu beantwortende Frage, die wohl nach dem Recht der sämtlichen Bundesstaaten zu verneinen ist. Ebenfalls nach Landesrecht (vgl. Art 59 EG) bestimmt es sich, ob uneheliche Kinder wenigstens dann, wenn sie durch nachfolgende Ehe legitimiert sind, zur Nachfolge in Familienfideikommisse und Lehen berechtigt sind.

§ 1705

Das uneheliche Kind[1]) hat im Verhältnisse zu der Mutter und zu den Verwandten der Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes[2]).

E I 1268 II 1593 M 4, 851 P 4, 670.

1. **Unehelich** ist das Kind, das nach den Bestimmungen der §§ 1591 ff. und des § 1699 nicht als eheliches Kind anzusehen ist. Es kommt nicht bloß darauf an, ob die mutmaßliche Erzeugungszeit in die Zeit der Ehe fällt, sondern auch darauf, ob die Ehelichkeit rechtzeitig angefochten ist (§§ 1593 bis 1599) und ob die Nichtigkeit (Anfechtbarkeit) der Ehe den Ehegatten unbekannt gewesen ist (§ 1699, vgl. auch § 1704). Eine unterschiedliche Behandlung der im Ehebruch oder in Blutschande erzeugten unehelichen Kinder findet, abgesehen von der Bestimmung des § 1732, nicht statt.

2. Grundsätzlich ist die Stellung des unehelichen Kindes von der des ehelichen Kindes darin verschieden, daß ein **Verwandtschaftsverhältnis** (beziehentlich, wenn es sich um den Ehegatten handelt, Schwägerschaftsverhältnis) nur mit der Mutter und deren Verwandten, nicht mit dem Vater und dessen Verwandten (vgl. hierüber § 1589 A 4) besteht. Das Verwandtschaftsverhältnis zeigt sich namentlich auf dem Gebiete der Unterhaltspflicht, des Erbrechts und des Vormundschaftsrechts (vgl. §§ 1776 Nr 4, 1897, 1899, wonach der mütterliche Großvater zum Vormunde berufen ist). Maßgebend sind hier die für diese einzelnen Rechtsgebiete geltenden Gesetze. Das Verwandtschaftsverhältnis zu der Mutter zeigt sich auch darin, daß das uneheliche Kind den Namen (§ 1706) und während der Minderjährigkeit den Wohnsitz der Mutter (§ 11) teilt. — Der Ehemann der Mutter des unehelichen Kindes hat selbstverständlich diesem gegenüber keine Verpflichtungen. Es entspricht aber — was für die Frage der Ehescheidung von Bedeutung sein kann — nicht der rechten ehelichen Gesinnung, wenn der Mann die Aufnahme des unehelichen Kindes seiner Frau, das diese schon vor der Eheschließung bei sich hatte, ablehnen würde (RG 23. 4. 06 IV 505/05). Der Ehemann ist auch nach § 57 Nr 9 FGG als beschwerdeberechtigt im Interesse der unehelichen Kinder seiner Frau anzuerkennen (KGJ 9, 5).

§ 1706

Das uneheliche Kind erhält den Familiennamen der Mutter[1]).

Führt die Mutter infolge ihrer Verheiratung einen andern Namen, so erhält das Kind den Familiennamen, den die Mutter vor der Verheiratung geführt hat. Der Ehemann der Mutter kann durch Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde dem Kinde mit Einwilligung des Kindes und der Mutter seinen Namen erteilen; die Erklärung des Ehemanns sowie die Einwilligungserklärungen des Kindes und der Mutter sind in öffentlich beglaubigter Form abzugeben[2]).

E I 1569 II 1594 M 4, 859 P 4, 671.

1. Die Zugehörigkeit des unehelichen Kindes zur Familie der Mutter kommt darin zum Ausdruck, daß das Kind den **Familiennamen der Mutter** führt. Ist der ursprüngliche Familienname der Mutter durch Annahme an Kindes Statt oder (bei Unehelichkeit der Mutter) durch Legitimation oder Beilegung des Namens des Stiefvaters (§ 1706 Abs 2) geändert, so ist es der neue Name, den das nach der Änderung geborene uneheliche Kind zu führen hat. Ist das Kind früher geboren, so erlangt es im Falle der Legitimation ebenfalls den neuen Namen (§ 1737), im Falle der Kindesannahme nur dann, wenn der Vertrag auch mit ihm geschlossen wird (§ 1762), während es bei der Beilegung des Namens des Stiefvaters in dessen Belieben steht, ob er den Namen auch den unehelichen Abkömmlingen der Stieftochter (die in diesem Falle nach § 1706 Abs 2 ihre Einwilligung zu erteilen haben) zuwenden will. — Die Beilegung des Vornamens steht als Ausfluß der Sorge für die Person des Kindes der unehelichen Mutter und, falls diese verstorben oder ihr die Sorge für die Person entzogen ist, dem Vormunde des Kindes zu. Über Eintragung und Änderung des Vornamens s. § 1616 A 1 a. E.

2. Hat die **Mutter des unehelichen Kindes sich verheiratet**, so gehört das Kind nicht zur Familie des Ehemannes der Mutter und nimmt an dessen Namen nicht teil. Jedoch ist dem Ehemann gestattet — was auf einem Beschlusse der Reichstagskommission beruht (RTK 282) — seinen Namen dem vor oder nach der Eheschließung geborenen unehelichen Kinde seiner Frau bleibend beizulegen, um auf diese Weise den mit der unehelichen Geburt verbundenen Makel nach außenhin möglichst zu beseitigen. Es geschieht dies durch eine gegenüber der zuständigen Behörde in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung. Erforderlich ist außerdem die von dem Kinde und der Mutter, da durch Erteilung des neuen Namens in ihr Namensrecht eingegriffen wird, in gleicher Form entweder der zuständigen Behörde oder dem Stiefvater gegenüber abzugebende Einwilligungserklärung. Die von der Mutter verweigerte Einwilligung kann nicht, wie im Falle des § 1727, von dem Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Auch kann die Bestimmung des § 1746 Abs 2 keine entsprechende Anwendung finden (bestr.). Die von dem Stiefvater abzugebende Erklärung und die Einwilligungserklärungen bedürfen bei der höchst persönlichen Natur der Rechtshandlung im Falle der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Erklärenden nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (bestr.) und es kann, abgesehen von dem geschäftsunfähigen Kinde (vgl. §§ 1728 Abs 2, 1750 Abs 1), für den Geschäftsunfähigen nicht der gesetzliche Vertreter die Erklärung abgeben (bestr.). Ist die Mutter verstorben oder für tot erklärt, so bedarf es nur noch der Einwilligung des Kindes. Das Recht und die Pflicht des Kindes, den neuen Namen zu führen, beginnt mit dem Zeitpunkte, wo die sämtlichen Erklärungen in gehöriger Form bei der zuständigen Behörde eingegangen sind, ohne daß die Eintragung in das Geburtsregister (die in den Ausführungsgesetzen durchweg vorgeschrieben ist) hinzugekommen zu sein braucht. Die Zuständigkeit der Behörde zur Entgegennahme und zur Beglaubigung der Erklärungen bestimmt sich nach Landesrecht. Es ist teils, wie in Sachsen, Baden und Hessen, das Amtsgericht, teils, wie in Bayern, die Verwaltungsbehörde, teils, wie in Württemberg, das Standesamt, teils, wie in Preußen, nach Art 8 PrAG das Standesamt und das Amtsgericht für zuständig erklärt.

§ 1707

Der Mutter steht nicht die elterliche Gewalt über das uneheliche Kind zu[1]). Sie hat das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, zur Vertretung des Kindes ist sie nicht berechtigt. Der Vormund des Kindes hat, soweit der Mutter die Sorge zusteht, die rechtliche Stellung eines Beistandes[2])[3]).

E I 1570 II 1595 M 4, 859 ff., P 4, 671.

1. Die **Ausschließung der Mutter von der elterlichen Gewalt** hat zur Folge, daß das uneheliche Kind einen **Vormund** erhalten muß, wozu die Mutter selbst bestellt werden

kann, ohne daß der als Vormund berufene mütterliche Großvater des Kindes vor ihr ein Vorrecht hat (§ 1778 Abs 3). Über die gesetzliche Vormundschaft, die gerade für uneheliche Kinder von Bedeutung ist, s. § 1773 A 4. Durch die Versagung der elterlichen Gewalt werden die aus dem natürlichen Verwandtschaftsverhältnis folgenden Rechte (vgl. Vorbem 3 vor § 1616) und die in den §§ 1617 bis 1619 bestimmten Rechte nicht berührt.

2. Der Mutter verbleibt derjenige Teil der elterlichen Gewalt, welcher in der tatsächlichen **Fürsorge für die Person** des Kindes besteht (s. Vorbem 1 vor § 1616). Der Vormund kann auf diesem Gebiete selbständige Anordnungen nicht treffen, er hat hier vielmehr nur die Stellung eines mit der Unterstützung und Überwachung der Mutter betrauten Beistandes (§ 1689). Die Abschließung von Dienst-, Arbeits- und Lehrverträgen gebührt an sich, als zur Vertretung des Kindes gehörig, dem Vormunde. Die Mutter ist jedoch, da sie über den Aufenthalt und die Beschäftigung des Kindes zu bestimmen hat, hieran nur gebunden, wenn sie dem Vertrage zugestimmt hat (vgl. Schäfer im R 03, 302 ff.). Verweigert sie mißbräuchlich die Zustimmung, so kann allerdings auf Grund des § 1666 gegen sie eingeschritten werden. Das für Minderjährige zur Eingehung eines gewerblichen Arbeitsverhältnisses erforderliche Arbeitsbuch ist nach § 107 GO an den Vormund als den gesetzlichen Vertreter des Kindes auszuhändigen. Die Aushändigung kann mit Genehmigung der Gemeindebehörde unter anderem auch an die Mutter erfolgen. Die Wahrnehmung der Rechte des unehelichen Kindes gegen den Erzeuger, die Einziehung der Unterhaltsgelder usw. ist Sache des Vormundes. Die Mutter kann aber verlangen, daß der Vormund ihr die zur Bestreitung der einzelnen Bedürfnisse des Kindes erforderlichen Mittel überläßt. Kommt eine Einigung zwischen ihnen nicht zustande, so hat, da es sich um eine sowohl die Person als das Vermögen betreffende Angelegenheit handelt, das Vormundschaftsgericht zu entscheiden (vgl. §§ 1629, 1798 — a. M. KG in RJA 5, 136, welches die Mutter auf den Prozeßweg verweisen will). Über die religiöse Erziehung des Kindes hat, bis dieses die Unterscheidungsjahre erreicht hat, ausschließlich die Mutter zu befinden. Die gleichen Rechte stehen auch der minderjährigen Mutter zu (vgl. § 1696).

3. Im Falle der tatsächlichen **Verhinderung der Mutter** hat der Vormund — dessen Wirkungskreis an sich auch die persönlichen Angelegenheiten des Kindes umfaßt — zugleich die Fürsorge für die Person des Kindes auszuüben, ohne daß er hiermit von dem Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1665 besonders beauftragt zu sein braucht. Hat der Vormund mit Zustimmung der Mutter das uneheliche Kind in seine Pflege genommen, so kann nötigenfalls — wenn Bedenken gegen die Verpflegung bestehen und die Mutter ganz unter dem Einflusse des Vormundes steht — ein Pfleger zur Überwachung der Verpflegung bestellt werden (KGJ 36 A 43).

§ 1708

Der Vater des unehelichen Kindes[1]) ist verpflichtet, dem Kinde bis zur Vollendung des sechzehnten Lebensjahrs den der Lebensstellung der Mutter entsprechenden Unterhalt zu gewähren. Der Unterhalt umfaßt den gesamten Lebensbedarf sowie die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Berufe[2]).

Ist das Kind zur Zeit der Vollendung des sechzehnten Lebensjahrs infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen außerstande, sich selbst zu unterhalten, so hat ihm der Vater auch über diese Zeit hinaus Unterhalt zu gewähren; die Vorschrift des §§ 1603 Abs. 1 findet Anwendung[3])[4]).

E I 1571, 1573, 1574 II 1596 Abs 1 M 4, 864 ff. 893 ff. P 4, 671 u. 680 ff.

1. Zu dem **Vater des unehelichen Kindes** tritt dieses in kein Verwandtschaftsverhältnis. Der Vater hat deshalb keine Rechte hinsichtlich der Sorge für die Person des Kindes, auch nicht das Recht des persönlichen Verkehrs. Dagegen ist er nach Maßgabe der §§ 1708 ff. zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet, ohne daß er zur Erleichterung der Unterhaltspflicht das Recht für sich in Anspruch nehmen kann, das Kind in eigene Verpflegung zu nehmen. Dem unehelichen Kinde aus nichtiger Ehe ist in § 1703 der gleiche Unterhaltsanspruch wie dem ehelichen Kinde eingeräumt.

2. Die in § 1708 Abs 1 bestimmte **Unterhaltspflicht des natürlichen Vaters** ist, wennschon sie auf dem Verwandtschaftsverhältnis, nicht auf einer unerlaubten Handlung beruht (wichtig wegen der Zurechnungsfähigkeit, der Verjährung, des Gerichtsstandes), von der Unterhaltspflicht der Verwandten (§§ 1601 ff.) so verschiedenartig, daß sie besonderen Regeln unterstellt ist. Sie unterscheidet sich von der Unterhaltspflicht der Verwandten hauptsächlich darin, daß das an Unterhalt zu Gewährende ein fester Betrag ist, der sich nach der Lebens-

stellung des Kindes bemißt, ohne daß es auf die Bedürftigkeit des Kindes oder die Leistungsfähigkeit des Vaters ankommt, wie denn auch vielfach das Unterhaltsgeld nicht für den Unterhalt des Kindes verwendet, sondern für dieses gespart wird. Für die Lebensstellung des Kindes ist wiederum die jeweilige Lebensstellung der Mutter maßgebend. Als weitere Unterschiede sind hervorzuheben: a) Es kann regelmäßig nur Gewährung des Unterhalts bis zum vollendeten 16. Lebensjahre des Kindes verlangt werden (§ 1708); b) der Unterhalt ist nur in Geld zu leisten (§ 1710); c) der Unterhalt kann für die Vergangenheit nachgefordert werden (§ 1711); d) der Unterhaltsanspruch erlischt nicht mit dem Tode des Vaters (§ 1712); e) das Kind kann wegen des Unterhaltsanspruchs abgefunden werden (§ 1714). Zu bemerken ist dabei, daß die zeitliche Beschränkung des Unterhalts auch eine inhaltliche Beschränkung nach sich zieht, indem eine Ausbildung des Kindes, welche die Unterhaltsgewährung noch über das 16. Lebensjahr hinaus nötig macht, auf Kosten des Vaters nicht gewählt werden darf. Nach den angegebenen Unterschieden hat die Unterhaltspflicht des natürlichen Vaters mehr die Natur einer schuldrechtlichen Verpflichtung. Es ist hieraus zu folgern, daß der Unterhaltsanspruch gegen den natürlichen Vater bei Zusammentreffen mit Unterhaltsansprüchen von Verwandten ohne Rücksicht auf letztere Ansprüche gerade so wie eine gewöhnliche Forderung geltend gemacht werden kann (vgl. jedoch § 850 Abs 4 ZPO).

3. Mit dem vollendeten **16. Lebensjahre** wird das Kind regelmäßig in der Lage sein, sich selbst zu unterhalten. Darüber hinaus ist ihm durch § 1708 Abs 2, welche Vorschrift auf einem Beschlusse der Reichstagskommission beruht (RTK 283 ff.), ein Unterhaltsanspruch für den Fall eingeräumt, daß es bei Erreichung dieses Alters (a. M. Dernburg IV § 89 A 16) infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen, mögen diese verschuldet oder unverschuldet sein, den Unterhalt nicht gewinnen kann. Dieser **außerordentliche Unterhaltsanspruch** ist seiner rechtlichen Natur nach wesentlich verschieden von dem ordentlichen Unterhaltsanspruch. Er erfordert Bedürftigkeit des Kindes und, wie durch Verweisung auf § 1603 Abs 1 ausgesprochen ist, Leistungsfähigkeit des Vaters. Auch in den übrigen Beziehungen ist der außerordentliche Unterhaltsanspruch als ein rein familienrechtlicher Anspruch, der den Vorschriften der §§ 1604 ff. unterliegt, aufzufassen, nur mit der Ausnahme, daß immer nur eine Geldrente zu entrichten ist und daß eine Bedürftigkeit aus sittlichem Verschulden seitens des erst 16 Jahre alten Kindes nicht in Frage kommen kann, sodaß die Anwendbarkeit der §§ 1611 und 1612 sich erübrigt. Die in § 1603 Abs 2 ausgesprochene erweiterte Unterhaltspflicht der Eltern ist auf die Verpflichtung aus § 1708 Abs 2 nicht übertragen.

4. Über die Verbindung der Unterhaltsklage mit der Klage der Mutter aus § 1715 s. A 4 zu diesem Paragraphen.

§ 1709

Der Vater ist vor der Mutter und den mütterlichen Verwandten des Kindes unterhaltspflichtig[1].

Soweit die Mutter oder ein unterhaltspflichtiger mütterlicher Verwandter dem Kinde den Unterhalt gewährt, geht der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Vater auf die Mutter oder den Verwandten über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Kindes geltend gemacht werden[2].

E I 1571 II 1596 Abs 2 M 4, 875 u. 879 P 4, 680; 6, 301.

1. Daß der **Vater vor der Mutter und den mütterlichen Verwandten des unehelichen Kindes haftet,** folgt, was die Unterhaltspflicht des § 1708 Abs 1 betrifft, aus dem schuldrechtlichen Charakter dieser Verpflichtung (vgl. § 1708 A 2). Hinsichtlich der Unterhaltspflicht aus § 1708 Abs 2 ergibt sich die gleiche Folge aus Anwendung des § 1606 Abs 2, da die hier gemachte Ausnahme, daß der Mutter die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zusteht, dem unehelichen Kinde gegenüber nicht vorkommen kann. Die in § 1709 nicht entschiedene Frage, ob die Unterhaltspflicht des Ehegatten und der Abkömmlinge des unehelichen Kindes der des Vaters vorgeht, die nur für den außerordentlichen Unterhaltsanspruch des § 1708 Abs 2 von Bedeutung werden kann, dürfte mit Rücksicht auf den familienrechtlichen Charakter dieser Unterhaltspflicht zu bejahen sein (a. M. Blume A 2).

2. Die Bestimmung des Abs 2 entspricht der in § 1607 Abs 2 gegebenen Vorschrift. Der **gesetzliche Übergang des Anspruchs** tritt nur zugunsten des unterhaltspflichtigen Verwandten ein, nicht zugunsten eines Dritten, der freiwillig Unterhalt leistet. Von dem Übergang sind auch diejenigen rückständigen Beträge, mit denen der Unterhaltspflichtige noch nicht in Verzug gekommen war, nicht ausgenommen, was hier um so zweifelloser ist, da die Regel des § 1613 nach § 1711 für die Unterhaltspflicht des natürlichen Vaters nicht gilt.

§ 1710

Der Unterhalt ist durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren[1])[2]).

Die Rente ist für drei Monate vorauszuzahlen. Durch eine Vorausleistung für eine spätere Zeit wird der Vater nicht befreit[3]).

Hat das Kind den Beginn des Vierteljahrs erlebt, so gebührt ihm der volle auf das Vierteljahr entfallende Betrag[3]).

E I 1574 u. 1576 Abs 2 II 1597 M 4, 897 P 4, 677 u. 683.

1. **Geldrente.** Der Vater des unehelichen Kindes hat weder die Pflicht noch das Recht, den Unterhalt in Natur zu gewähren. Die Bestimmung des § 1612 Abs 1 Satz 2, wonach der Verpflichtete aus besonderen Gründen verlangen kann, daß ihm die Gewährung des Naturalunterhalts gestattet wird, findet keine Anwendung. Eine Vereinbarung zwischen dem Vater und Kind über die künftige Gewährung von Naturalunterhalt bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 1714). Soweit aber ein der Geldrente gleichwertiger Naturalunterhalt bereits geleistet und empfangen ist, ist hierdurch die Unterhaltspflicht getilgt.

2. Die **Höhe der Rente** ist danach zu bemessen, wieviel der Unterhalt eines dem Stande der Mutter angehörigen Kindes nach den in jener Gegend üblichen Preisen kostet. Die besonderen Verhältnisse der Mutter, die es ihr ermöglichen, den Unterhalt mit geringeren Kosten zu bestreiten, kommen hierbei nicht in Betracht. Dagegen ist auf die durch besondere Verhältnisse des Kindes, Kränklichkeit, Gebrechen usw. herbeigeführte Vermehrung der Bedürfnisse Rücksicht zu nehmen. Es empfiehlt sich, die Rente entsprechend den mit den Lebensjahren steigenden Bedürfnissen des Kindes nach den verschiedenen Altersstufen verschieden festzusetzen.

3. Diese Vorschriften stehen in Übereinstimmung mit den nach § 1612 Abs 3 für die Unterhaltspflicht der Verwandten geltenden Bestimmungen des § 760 Abs 2 und 3 und mit § 1614 Abs 2. Das Vierteljahr, für das die **Vorauszahlung** zu erfolgen hat, bestimmt sich nach dem Tage der Geburt des Kindes. Der Vormund des Kindes braucht eine Vorauszahlung für kürzere Zeit nicht anzunehmen, wird aber eine Vorauszahlung für längere Zeit, falls nicht die Aufbewahrung des Geldes ihm besonders beschwerlich fällt, nicht zurückweisen dürfen. Befreit wird der Unterhaltspflichtige durch eine Vorauszahlung für die das Vierteljahr übersteigende Zeit nur insoweit, als der Unterhaltsberechtigte durch die Zahlung noch nach Ablauf des Vierteljahrs bereichert ist. Mit Rücksicht hierauf kann die vorzeitig geleistete Zahlung in Höhe der zur Zeit der Rückforderung vorhandenen Bereicherung nach § 812, unb schadet natürlich einer etwa den Vormund des unehelichen Kindes wegen Verschuldens treffenden Ersatzpflicht, zurückgefordert werden.

§ 1711

Der Unterhalt kann auch für die Vergangenheit verlangt werden[1]).

E I 1574 II 1598 M 4, 899 P 4, 683.

1. Damit, daß der Unterhaltsanspruch aus § 1708 Abs 1 weder durch die Bedürftigkeit des Kindes noch die Leistungsfähigkeit des Vaters bedingt ist, steht es in Zusammenhang, daß der Unterhalt — entgegen der für die Unterhaltspflicht der Verwandten geltenden Regel des § 1613 — **für die Vergangenheit nachgefordert** werden kann. Auf den außerordentlichen Unterhaltsanspruch (§ 1708 Abs 2) ist dies nicht auszudehnen. Zinsen können natürlich immer nur von der Zeit an gefordert werden, wo der Unterhaltspflichtige in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist.

§ 1712

Der Unterhaltsanspruch erlischt nicht mit dem Tode des Vaters; er steht dem Kinde auch dann zu, wenn der Vater vor der Geburt des Kindes gestorben ist[1]).

Der Erbe des Vaters ist berechtigt, das Kind mit dem Betrag abzufinden, der dem Kinde als Pflichtteil gebühren würde, wenn es ehelich wäre. Sind mehrere uneheliche Kinder vorhanden, so wird die Abfindung so berechnet wie wenn sie alle ehelich wären[2]).

E II 1575 Abs 1 II 1599 M 4, 901 P 4, 684,

1. Als Ersatz dafür, daß dem unehelichen Kinde weder ein Erbrecht noch ein Pflichtteilsrecht an dem Nachlasse des Vaters zusteht, ist die **Unterhaltsverbindlichkeit** für **vererblich**

erklärt. Sie geht in dem Stande, wie sie zur Zeit des Todes des Vaters diesem oblag, auf die Erben über, die hierfür in derselben Weise wie für andere Nachlaßverbindlichkeiten haften. Der Übergang findet auch dann statt, wenn der Vater vor der Geburt des Kindes gestorben ist. Die Verbindlichkeit geht hier auf die Erben so über, wie sie, wenn der Vater zur Zeit der Geburt des Kindes am Leben gewesen wäre, gegen diesen begründet gewesen wäre. Die außerordentliche Unterhaltspflicht aus § 1708 Abs 2 trifft die Erben in derselben Weise, als sie den Vater getroffen haben würde, wenn bei seinem Tode das Kind das 16. Lebensjahr bereits erreicht hätte. Es kommt also — abgesehen von der auf den Nachlaß beschränkten Haftung der Erben — für die außerordentliche Unterhaltspflicht nur auf die Leistungsfähigkeit des Vaters, nicht der Erben an (a. M. Blume A 2).

2. Das uneheliche Kind soll anderseits nicht günstiger gestellt werden, wie ein eheliches Kind. Es muß sich deshalb gefallen lassen, daß es **mit dem Pflichteil abgefunden** wird, der ihm als ehelichem Kinde zu zahlen gewesen wäre, wobei der Pflichtteil so berechnet wird, als wenn die unterhaltsberechtigten Kinder sämtlich eheliche Kinder wären. Die Vergünstigung des § 1712 Abs 2 kann jeder Miterbe für seinen Anteil in Anspruch nehmen. Die Pflicht zur Zahlung der Unterhaltsrente erlischt nicht schon dadurch, daß der Erbe erklärt, das Abfindungsrecht ausüben zu wollen, sondern erst durch wirkliche Abfindung, wobei der Zahlung der Annahmeverzug des Kindes oder die Hinterlegung gleichsteht. Die bis dahin fällig gewordenen Unterhaltsrenten hat der Erbe außer dem Pflichtteil zu entrichten, ohne daß eine Anrechnung auf den Pflichtteil stattfindet (bestr.). Es ist Sache des Erben, sich darüber schlüssig zu machen, ob er gleichwohl von seinem Abfindungsrecht Gebrauch machen will. Eine Frist zur Ausübung des Abfindungsrechts ist nicht gesetzt. Für den Erben kann es namentlich in dem Falle, daß das Kind mit außerordentlichen Unterhaltsansprüchen (§ 1708 Abs 2) hervortritt, von Wert sein, das Abfindungsrecht noch nachträglich zur Ausübung zu bringen. Darüber, daß die Pflichtteilssumme richtig berechnet ist, hat sich der Erbe dem Kinde gegenüber auszuweisen. Im übrigen kann das Kind auf das in § 2314 dem Pflichtteilsberechtigten gegebene Recht auf Auskunftserteilung keinen Anspruch machen. Der Anspruch des Kindes bleibt, wenn schon sich der Betrag auf dasjenige beschränkt, was ihm als Pflichtteilsberechtigten zukommen würde, in Wirklichkeit ein Unterhaltsanspruch, was namentlich in prozeßrechtlicher Beziehung (vgl. Vorbem 6 vor § 1601) von Wichtigkeit ist.

§ 1713

Der Unterhaltsanspruch erlischt mit dem Tode des Kindes, soweit er nicht auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung für die Vergangenheit oder auf solche im voraus zu bewirkende Leistungen gerichtet ist, die zur Zeit des Todes des Kindes fällig sind[1]).

Die Kosten der Beerdigung hat der Vater zu tragen, soweit ihre Bezahlung nicht von dem Erben des Kindes zu erlangen ist[2]).

E I 1574, 1575 Abs 2 II 1600 M 4, 904 P 4, 684.

1. Das **Erlöschen des Unterhaltsanspruchs mit dem Tode des Kindes** entspricht der in § 1615 Abs 1 für den Unterhaltsanspruch der Verwandten getroffenen Bestimmung. Der Tod des Kindes ist einflußlos, wenn der Anspruch auf Zahlung der Rente durch Vertrag (§ 1714) in den Anspruch auf Zahlung eines Kapitals umgewandelt ist.

2. Die Beerdigungskosten fallen dem Vater nur zur Last auf Grund seiner Unterhaltspflicht, also nur, wenn der Tod in die Zeit seiner Unterhaltspflicht fällt, wenn das Kind vor vollendetem 16. Lebensjahr oder zu einer Zeit verstirbt, wo es gemäß § 1708 Abs 2 den außerordentlichen Unterhalt verlangen konnte und hierauf Anspruch erhoben hat.

§ 1714

Eine Vereinbarung[3]) zwischen dem Vater und dem Kinde über den Unterhalt für die Zukunft oder über eine an Stelle des Unterhalts zu gewährende Abfindung bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts[2]).

Ein unentgeltlicher Verzicht auf den Unterhalt für die Zukunft ist nichtig[1]).

E I 1576 II 1601 M 4, 905 P 4, 684.

1. Während nach § 1614 Abs 1 der familienrechtliche Anspruch auf künftigen Unterhalt nicht durch Vertrag aufgegeben werden kann, ist es nach § 1714 gestattet, eine **Vereinbarung über die Unterhaltspflicht** des natürlichen Vaters zu treffen, insbesondere, was zur völligen Auseinandersetzung zwischen dem unehelichen Kinde und dem Vater oft sehr wünschenswert ist, eine Abfindung zu vereinbaren. Auch wegen der außerordentlichen

Unterhaltsansprüche (§ 1708 Abs 2) kann das Kind abgefunden werden. Ob der Vertrag im einzelnen Falle so zu verstehen ist, daß auch diese Ansprüche betroffen sein sollen, ist Sache der Auslegung. — Nicht gestattet ist die **unentgeltliche** Aufgabe des Unterhaltsanspruchs für die Zukunft, die auch dann vorliegt, wenn die Parteien absichtlich die Rente, um damit dem Verpflichteten eine unentgeltliche Zuwendung zu machen, zu niedrig festsetzen. Eine Vereinbarung über die Art der Unterhaltsleistung, die sachlich den Unterhalt nicht schmälert, ist nicht deshalb unzulässig, weil hierfür ein besonderes Entgelt nicht entrichtet wird.

2. Der Vertrag bedarf der **Genehmigung des Vormundschaftsgerichts**, auch wenn er nur den Inhalt hat, daß der Betrag der Unterhaltsrente festgesetzt wird, ohne daß besondere Bedingungen (wie über die Art der Unterhaltsleistung, über den Zeitraum der Vorauszahlung, Auflagen über die Verwendung des Geldes, Rückzahlungspflicht) vereinbart werden. Auch der vor dem Prozeßgericht geschlossene Vergleich bedarf dieser Genehmigung (RG 56, 333). Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist nur erforderlich im Interesse des zu bevormundenden Kindes, nicht auch, was mit der sonst dem Vormundschaftsgericht zugewiesenen Aufgabe in Widerspruch stehen würde, des unbeschränkt geschäftsmäßigen Kindes (bestr.). Nicht notwendig ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu einer Vereinbarung über den rückständigen Unterhalt (vgl. § 1614 Abs 1), soweit es sich nicht etwa um einen nach § 1822 Nr 12 genehmigungsbedürftigen Vergleich handelt. Daß sich bei der Unterhaltsabfindung der Vater, ohne sich zu nennen, durch einen Bevollmächtigten hat vertreten lassen, steht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht entgegen. Ist der Vertrag wegen mangelnder Genehmigung unwirksam (vgl. §§ 1829, 1830), so kann das in Ausführung des Vertrages über das Maß des gesetzlichen Unterhalts bereits Geleistete, soweit nicht § 814 durchgreift, zurückgefordert werden, wie auch das am gesetzlichen Unterhalt Fehlende nachgefordert werden kann.

3. Der Vertrag über die Unterhaltspflicht stellt sich regelmäßig, auch wenn durch Bestimmung des Betrages der Unterhaltsrente nur die Ungewißheit über die Höhe des Anspruchs beseitigt wird, als ein **Vergleich** im Sinne des § 779 dar. Er ist deshalb unwirksam, wenn der von den Parteien als feststehend zugrunde gelegte, für den Abschluß des Vergleichs maßgebende Sachverhalt sich als irrig erweist, wenn z. B. die vermeintliche Vaterschaft nicht besteht (s. aber auch § 1718) oder das Kind, dessen Lebendgeburt die Parteien voraussetzten, als ein totes geboren wird. Wird der Unterhaltsvergleich vor Geburt des Kindes geschlossen, so werden die Parteien regelmäßig davon ausgehen, daß nur ein Kind geboren wird, sodaß nicht ohne weiteres das an Unterhalt Vereinbarte einem jeden der Kinder zu entrichten ist.

§ 1715

Der Vater[1]) ist verpflichtet, der Mutter die Kosten der Entbindung sowie die Kosten des Unterhalts für die ersten sechs Wochen nach der Entbindung[2]) und, falls infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung weitere Aufwendungen notwendig werden, auch die dadurch entstehenden Kosten zu ersetzen[3]). Den gewöhnlichen Betrag der zu ersetzenden Kosten kann die Mutter ohne Rücksicht auf den wirklichen Aufwand verlangen[2]).

Der Anspruch steht der Mutter auch dann zu, wenn der Vater vor der Geburt des Kindes gestorben oder wenn das Kind totgeboren ist[1]).

Der Anspruch verjährt in vier Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Ablaufe von sechs Wochen nach der Geburt des Kindes[2])[4]).

E I 1577 Abs 1, 1578 II 1602 M 4, 906 ff. P 4, 685; 5, 144; 6, 308.

1. Die Verpflichtung trifft den Vater, der nach Maßgabe der §§ 1717, 1718 dem von der Mutter geborenen unehelichen Kinde den Unterhalt zu gewähren hat oder bei Lebendgeburt des Kindes zu gewähren hätte. **Der Anspruch der Mutter des unehelichen Kindes** ist somit — abgesehen von der letzteren Bestimmung — davon abhängig, daß die Voraussetzungen für den Anspruch des Kindes erfüllt sind. Er wird wie dieser durch den Einwand der mehreren Zuhälter nach näherer Bestimmung des § 1717 ausgeschlossen. Im Falle einer Fehlgeburt — die von der Totgeburt eines an sich lebensfähigen Kindes zu unterscheiden ist — findet ein Anspruch der Mutter nicht statt. Gleich dem Anspruch des Kindes (vgl. § 1712 Abs 1) kann auch der Anspruch der Mutter gegen die Erben des Vaters geltend gemacht werden und zwar auch dann, wenn der Vater schon vor Geburt des Kindes gestorben ist.

2. Der Anspruch der Mutter geht auf **Ersatz der durch die Entbindung herbeigeführten Nachteile**, auf Ersatz der Entbindungskosten und der auf die Dauer von 6 Wochen seit der Entbindung beschränkten Unterhaltskosten. Die Mutter hat dieserhalb einen Anspruch auf Geldersatz und zwar auf Ersatz des wirklichen Aufwands. Den gewöhnlichen Aufwand kann sie aber ohne Rücksicht auf das tatsächlich Aufgewandte unbedingt ersetzt verlangen. Der Anspruch der Mutter ist hiernach als ein gesetzlicher Entschädigungsanspruch aufzufassen, nicht als ein Unterhaltsanspruch mit den Besonderheiten eines solchen (vgl. Vorbem 6 vor § 1601), anderseits nicht als ein Anspruch aus unerlaubter Handlung. Die hierfür in bezug auf Zurechnungsfähigkeit, Gerichtsstand usw. geltenden Grundsätze können daher nicht zur Anwendung kommen. Auch hinsichtlich der **Verjährung** ist eine von § 852 abweichende Frist von 4 Jahren bestimmt. Sie beginnt, da die Mutter zur Verfolgung ihrer Ansprüche in den ersten 6 Wochen nicht gut imstande sein wird, erst nach Ablauf von 6 Wochen seit der Entbindung.

3. Außerordentlicherweise kann die Mutter — was durch Reichstagsbeschluß eingeführt ist (RTK 286 ff.) — auch **Ersatz der durch die Schwangerschaft oder die Entbindung notwendig gewordenen weiteren Aufwendungen** beanspruchen. Hierzu gehören auch die Aufwendungen, welche die Mutter infolge der durch die Schwangerschaft oder Entbindung herbeigeführten gänzlichen oder teilweisen Erwerbsunfähigkeit für ihren Unterhalt hat machen müssen; so **RG** 15. 4. 07 IV 454/06 in einem Falle, wo die Mutter durch die Schwangerschaft und Entbindung hysterisch erkrankt war. Außerdem sind natürlich die zur Heilung der Krankheit oder Minderung der Erwerbsunfähigkeit zweckmäßig aufgewandten Kosten zu ersetzen. Auch die Beerdigungskosten (vgl. § 1615 A 2) fallen, wenn der Tod der Mutter durch die Schwangerschaft oder Entbindung verursacht ist, dem Vater zur Last (bestr.). Ersatz des entgangenen Gewinns kann nicht gefordert werden. Wegen der rechtlichen Natur des Anspruchs und wegen der Verjährung ist auf das in A 2 Gesagte zu verweisen.

4. Die Klagen des unehelichen Kindes und der Mutter gegen den Vater können miteinander **verbunden** werden. Eine notwendige Steitgenossenschaft wird hierdurch nicht begründet. Die Mutter kann in dem Rechtsstreit des Kindes, solange sie gesetzliche Vertreterin ist, nicht als Zeugin vernommen werden.

§ 1716

Schon vor der Geburt des Kindes kann auf Antrag der Mutter durch einstweilige Verfügung[1]) angeordnet werden, daß der Vater den für die ersten drei Monate dem Kinde zu gewährenden Unterhalt alsbald nach der Geburt an die Mutter oder an den Vormund zu zahlen und den erforderlichen Betrag angemessene Zeit vor der Geburt zu hinterlegen hat. In gleicher Weise kann auf Antrag der Mutter die Zahlung des gewöhnlichen Betrags der nach § 1715 Abs. 1 zu ersetzenden Kosten an die Mutter und die Hinterlegung des erforderlichen Betrags angeordnet werden.

Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des Anspruchs glaubhaft gemacht wird.

E II 1603 M 4, 893 P 4, 685.

1. Der Unterhaltsanspruch des Kindes und der Entschädigungsanspruch der Mutter kommt zwar erst zur Entstehung mit der Geburt des Kindes. Die durch Gewährung dieser Ansprüche beabsichtigte Wohltat würde aber sehr verkümmert werden, wenn vor der Geburt des Kindes ein Anspruch noch nicht erhoben werden könnte, da es dann oft nicht möglich sein würde, die zur Zeit der Geburt dringend benötigten Mittel rechtzeitig zu beschaffen. Die Mutter kann deshalb schon **vor der Geburt des Kindes** im Wege der **einstweiligen Verfügung**, ohne daß etwas weiteres als die Glaubhaftmachung des Anspruchs (Glaubhaftmachung der Schwangerschaft und der Beiwohnung durch den Beklagten innerhalb der Empfängniszeit) erforderlich ist, die Hinterlegung der dem Kinde für die ersten 3 Monate gebührenden Unterhaltsgelder und des gewöhnlichen Betrages der ihr selbst gebührenden Entbindungs- und Sechswochenkosten zum Zweck der Auszahlung alsbald nach der Geburt verlangen. Bei der Verfolgung dieses Rechts wird das noch ungeborene Kind kraft Gesetzes durch die Mutter vertreten, so daß die Bestellung eines Pflegers ausgeschlossen ist. Die Anordnung kann auf Antrag der Mutter dahin erlassen werden, daß die Zahlung des dem Kinde zukommenden Betrages statt an den Vormund, mit dessen Bestellung wiederum Zeit vergehen würde, an die Mutter als Vertreterin des Kindes zu leisten ist. Die Hinterlegung, welche bei der für die Mutter nach ihrem Wohnsitz zur Zeit

der Geburt des Kindes zuständigen Hinterlegungsstelle zu bewirken ist, soll die sofortige Auszahlung nach Eintritt der Geburt sicherstellen, nicht aber der Mutter ein Pfandrecht an dem hinterlegten Betrage verschaffen, so daß die Vorschrift des § 233 keine Anwendung finden kann. — Das Recht auf Hinterlegung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Mutter aus der Krankenkasse Wöchnerinnenunterstützung zu erhalten hat. In Höhe der geleisteten Unterstützung geht der Anspruch auf den hinterlegten Betrag, soweit er die der Mutter selbst gebührenden Kosten betrifft, auf die Krankenkasse über (§ 57 KrankVG).

§ 1717

Als Vater[1]) des unehelichen Kindes[2]) im Sinne der §§ 1708 bis 1716 gilt, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, daß auch ein anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat. Eine Beiwohnung bleibt jedoch außer Betracht, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat[3])[4]).

Als Empfängniszeit gilt die Zeit von dem einhunderteinundachtzigsten bis zu dem dreihundertundzweiten Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes, mit Einschluß sowohl des einhunderteinundachtzigsten als des dreihundertundzweiten Tages[3]).

E I 1572, 1577 Abs 2 II 1604 M 4, 883, 908 P 4, 672 ff., 861; 6, 302.

1. Die **Feststellung der Vaterschaft** ist nur wichtig für den Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes aus §§ 1708 ff. und den Entschädigungsanspruch der Mutter aus § 1716, hat also nur vermögensrechtliche Bedeutung, nicht die Bedeutung der Feststellung eines Personenstandes. Eine besondere Klage auf Feststellung, abgesondert von jenen vermögensrechtlichen Ansprüchen, ist deshalb regelmäßig nicht zulässig (vgl. § 256 ZPO — zulässig ist die Klage, wenn die Abstammung im Interesse der Legitimation des Kindes festgestellt werden soll). Die Vorschriften der §§ 640—643 ZPO finden nach § 644 daselbst auf eine solche Klage keine Anwendung. — Ein Anspruch auf Namhaftmachung des Erzeugers steht dem unehelichen Kinde gegen die Mutter nicht zu. Auch dem Vormundschaftsgericht gegenüber ist die Mutter zur Namhaftmachung nicht verpflichtet, falls nicht die Sache so liegt, daß durch Nichtangabe des Namens eine Verkümmerung der für das gesundheitliche und geistige Wohl des Kindes notwendigen Mittel herbeigeführt wird. In diesem Falle würde gegen die Mutter aus § 1666 und, sofern sie zum Vormunde bestellt ist, aus § 1837 eingeschritten werden können. Eine bei der Unterhaltsabfindung von dem Vormunde eingegangene Verpflichtung zur Geheimhaltung des Vaters wird hiernach nicht allgemein als sittenwidrig erachtet werden können.

2. Darüber, wann ein Kind als ein **uneheliches** anzusehen ist, s. §§ 1591 ff, 1699, 1704. Ist die Ehelichkeit von dem Ehemann der Mutter nicht angefochten (§§ 1593 ff.), so ist der Nachweis, daß in Wirklichkeit das Kind außerehelich erzeugt sei, unzulässig.

3. Die hier getroffene **Beweisregelung** gilt ebenfalls nur für die Ansprüche aus §§ 1708—1716, nicht ohne weiteres für den Schadensersatzanspruch aus § 825 (RG JW 09, 415[12]). Die Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit, die ebenso bestimmt ist wie in § 1592 Abs 1, begründet die Vermutung der Vaterschaft, falls nicht die Empfängnis aus dieser Beiwohnung offenbar unmöglich ist. Diese Regelung steht in Übereinstimmung mit dem Grundsatz des § 1591 Abs 1 (s. A 2 zu diesem Paragraphen). Nicht übernommen ist dagegen die zugunsten der Ehelichkeit in § 1592 Abs 2 enthaltene Bestimmung über die Verlängerung der Empfängniszeit. Eine selbstverständliche Verkürzung erfährt die Empfängniszeit, wenn innerhalb dieser Frist die Mutter ein Kind geboren hat. Als Empfängniszeit kann hier nur der nach der Geburt liegende Teil der Frist in Betracht kommen. Die Vermutung der Vaterschaft wird aber — worin die hauptsächlichste Abweichung von den Grundsätzen über eheliche Abstammung liegt — durch den Nachweis beseitigt, daß innerhalb der Empfängniszeit auch ein anderer der Mutter beigewohnt hat. Es greift dann der Gesichtspunkt durch, daß die Vaterschaft nicht mehr mit Sicherheit festzustellen ist. Unerheblich ist es deshalb, ob die Mutter an jener weiteren Beiwohnung ein Verschulden trifft. Dagegen ist zur Beseitigung der Einrede auch hier der Nachweis zulässig, daß die Empfängnis aus dieser Beiwohnung offenbar unmöglich gewesen ist. Das uneheliche Kind kann nur einen Vater haben. Möglich ist es aber trotzdem, daß in verschiedenen Prozessen mehrere Personen als Vater des Kindes verurteilt werden.

§ 1718

Wer seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde anerkennt, kann sich nicht darauf berufen, daß ein anderer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe[1] [2] [3].

E II 1605 M 4, 892 P 4, 678—680 u. 702; 6, 303.

1. Die Anerkennung der Vaterschaft hat regelmäßig nicht rechtsbegründende Wirkung, sondern nur die Bedeutung eines Beweismittels. Anders ist es, wenn die **Anerkennung nach Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde** abgegeben wird. Diese Anerkennung, die in gewisser Weise der Verurteilung im Prozesse gleichwertig ist, enthält nach der Bestimmung des § 1718 insofern eine rechtsbegründende Verfügung, als damit auf die Einrede der mehreren Zuhälter verzichtet wird. Insoweit kann deshalb die Anerkennung nicht durch den bloßen Nachweis der Unrichtigkeit des Anerkenntnisses entkräftet werden. Zulässig ist dagegen die Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung oder arglistiger Täuschung. Darin allein, daß die Mutter auf Vorhalt einen Geschlechtsverkehr mit einer andern Mannsperson während der Empfängniszeit abgeleugnet hat, ist, da sich hierauf der Anerkennende nicht verlassen durfte, eine arglistige Täuschung nicht zu finden (RG 58, 348), noch weniger darin, daß die Mutter dem Beklagten vorgehalten hat, er sei der Vater des Kindes (RG 4. 10. 09 IV 641/08). Zulässig ist auch die Anfechtung wegen Irrtums, sofern der Irrtum darin besteht, daß der Anerkennende während der Empfängniszeit in Wirklichkeit der Mutter des Kindes nicht beigewohnt hat oder die Empfängnis des Kindes aus dieser Beiwohnung offenbar unmöglich ist. In solchen Fällen will KG 6. 6. 10 IV 422/09 zwar nicht eine Anfechtung wegen Irrtums, wohl aber eine Rückforderung des Anerkenntnisses nach §§ 812 ff. zulassen. Ein sonstiger Irrtum kommt nicht in Betracht.

2. Die in der Form des § 1718 nach Geburt des Kindes erklärte Anerkennung ist **kein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft**, sodaß die Beschränkung des § 123 Abs 2 hinsichtlich der Anfechtbarkeit nicht Platz greift (RG 58, 353). Die Erklärung kann, da die Anerkennung wesentlich nur eine vermögensrechtliche Bedeutung hat (vgl. § 1717 A 1), durch einen Vertreter abgegeben werden und es ist der gesetzliche Vertreter in Vermögensangelegenheiten, nicht der gesetzliche Vertreter in persönlichen Angelegenheiten, der zu der Anerkennung des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten seine Zustimmung zu geben hat (bestr.). In das standesamtliche Geburtsregister (vgl. § 25 PStG) dürfte die Anerkennung, die für diesen Fall nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben sein darf, nur einzutragen sein, wenn sie für die Legitimation des Kindes, also für den Personenstand, von Bedeutung sein kann (abweichend § 14 der Bundesratsvorschriften vom 25. 3. 99 für den Fall der Anerkennung bei Anzeige der Geburt, vgl. Frese ZBlFG 8, 490, KGJ 26 A 39 u. Vorbem 3 vor § 1591). — Verschieden von der Anerkennung ist die Namensbeilegung durch den Ehemann der Mutter (s. § 1706 A 3). Der beurkundende Beamte wird sich zu vergewissern haben, ob nicht die Anerkennung in Wirklichkeit als Namensbeilegung gemeint ist. Die Erklärung des Ehemanns, daß er das Kind auf seinen Namen schreiben lassen wolle, kann nur als Namensbeilegung aufgefaßt werden.

3. Für die öffentliche Beurkundung der in § 1718 und in § 1720 Abs 2 bezeichneten Anerkennung sind nach der reichsrechtlichen Vorschrift des § 167 Abs 2 FGG die Notare und die Amtsgerichte **zuständig**, außerdem der die Geburt des Kindes oder die Eheschließung der Eltern beurkundende Standesbeamte, wenn die Anerkennung bei der Anzeige der Geburt des Kindes oder der Eheschließung erfolgt. Diese letztere Beschränkung ist auf Grund des § 191 Abs 1 FGG in den meisten Bundesstaaten beseitigt.

Siebenter Titel

Legitimation unehelicher Kinder

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe

§ 1719

Ein uneheliches Kind erlangt dadurch, daß sich der Vater mit der Mutter verheiratet, mit der Eheschließung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes[1].

E I 1579 II 1606 M 4, 919 ff. P 4, 698.

1. Das in der Ehe geborene, wenn schon vor der Ehe erzeugte Kind hat (falls nicht die Ehelichkeit erfolgreich angefochten ist) ohne weiteres die Rechte des ehelichen Kindes

(§ 1591). Wird die Pflicht der Eheschließung von den Eltern erst nachträglich erfüllt, so hat dies die Wirkung, daß das Kind vom Zeitpunkt der Eheschließung an die Stellung eines ehelichen Kindes erlangt. Rückwirkende Kraft ist der **Legitimation durch Eheschließung** nicht beigelegt. Das legitimierte Kind kann deshalb auch nicht als eheliches in das Geburtsregister eingetragen werden, sondern nur als ehelich gewordenes, was durch Eintragung eines Vermerks am Rande der Geburtsurkunde geschieht (§ 26 PStG, § 15 der Bundesratsvorschriften vom 25. 3. 99). Das durch die nachfolgende Eheschließung begründete Verwandtschaftsverhältnis tritt in vollem, nicht, wie bei der Ehelichkeitserklärung und Kindesannahme (§§ 1737, 1762, 1763), in beschränktem Umfange ein. Die Legitimation durch Eheschließung behält deshalb ihre Bedeutung, auch wenn jene Rechtshandlungen vorhergegangen sind. Die durch den Annahmevertrag begründeten Rechte und Pflichten erfahren selbstverständlich durch die nachfolgende Legitimation keine Änderung. Ist die Ehelichkeitserklärung auf Antrag eines Dritten erteilt, so steht der Legitimation durch Eheschließung allerdings entgegen, daß nach § 1735 die Vaterschaft des Dritten regelmäßig feststeht. Über die Beendigung der Vormundschaft durch die Legitimation des Kindes s. § 1883 A 1.

§ 1720

Der Ehemann der Mutter gilt als Vater des Kindes, wenn er ihr innerhalb der im § 1717 Abs. 2 bestimmten Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat[1]).

Erkennt der Ehemann seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde an, so wird vermutet, daß er der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe[2]).

E I 1580 II 1607 M 4, 925 ff. P 4, 698; 6, 304.

1. Die Legitimation durch nachfolgende Ehe setzt voraus, daß der Ehemann der Mutter wirklich der Vater des Kindes ist. Dies wird aber im Interesse der Ehelichkeit des Kindes schon angenommen, wenn der **Ehemann innerhalb der Empfängniszeit der Mutter beigewohnt hat.** Es gelten in dieser Beziehung dieselben Grundsätze wie bei der ehelichen Abstammung (§§ 1591, 1592). Das Kind gilt schon dann als ehelich, wenn die Möglichkeit des Ehelichseins vorhanden ist. Die Legitimation wird deshalb nicht durch den Nachweis entkräftet, daß die Mutter innerhalb der Empfängniszeit noch mit einem andern geschlechtlich verkehrt hat. Nur der Beweis ist zulässig, daß die Empfängnis aus der Beiwohnung durch den Ehemann offenbar unmöglich ist (s. § 1591 A 2). Die in einer öffentlichen Urkunde ausgesprochene Anerkennung der unehelichen Vaterschaft (§ 1718) hat hiernach der Legitimation durch Eheschließung gegenüber keine Wirkung. Zweifelhaft ist, ob die in § 1592 Abs 2 zugunsten der Ehelichkeit zugelassene Verlängerung der Empfängnisfrist, wenn nachweisbar die Empfängnis weiter zurückliegt, auch für den Fall der Legitimation Geltung hat. Doch dürfte eine solche erweiternde Auslegung gerechtfertigt sein (bestr.).

2. Die Legitimation ist nicht davon abhängig, daß der Ehemann der Mutter das Kind als das seinige anerkannt hat. Ist eine Anerkennung nicht oder nicht in einer öffentlichen Urkunde erklärt, so bleibt es bei den in A 1 dargestellten Grundsätzen. Ist die **Anerkennung in einer öffentlichen Urkunde ausgesprochen,** so greift statt der in § 1718 bestimmten Folge, die sich hier nach dem in A 1 Gesagten erübrigt, die durch Gegenbeweis widerlegbare Vermutung Platz, daß der Anerkennende der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe. Die Anerkennung darf, um diese Wirkung zu haben, nicht bedingt oder betagt sein. Das in §§ 1593 ff. dem Ehemann gegebene Recht, allein darüber zu bestimmen, ob das Kind als ein eheliches gelten soll, findet auf die Legitimation durch nachfolgende Ehe keine Anwendung. Die durch diese Legitimation begründete Ehelichkeit kann von einem jeden Beteiligten angefochten werden. Die im Familienstandsprozesse zwischen dem Ehemann der Mutter und dem Kinde über die Ehelichkeit ergehende Entscheidung hat Wirkung für und gegen alle (§ 643 ZPO).

§ 1721

Ist die Ehe der Eltern nichtig, so finden die Vorschriften der §§ 1699 bis 1704 entsprechende Anwendung.

E I 1581 II 1608 M 4, 928 P 4, 703.

1. Die Gültigkeit der nachfolgenden Ehe ist zur Legitimation der Kinder nicht unbedingt erforderlich. **Trotz Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe** werden die Kinder insoweit ehelich, als die Ehelichkeit nach §§ 1699 bis 1704 hinsichtlich der in der Ehe geborenen

Kinder eintritt. Das Kind bleibt unehelich, wenn die Ehe eine Nichtehe (schlechthin nichtig) ist (s. § 1699 A 1). Ist die Ehe nichtig oder anfechtbar und haben beide Ehegatten bei Schließung der Ehe — abgesehen von dem Falle der Drohung (§ 1704) — die Ungültigkeit gekannt, so fällt die Ehelichkeit mit rückwirkender Kraft weg, sobald die Ehe rechtskräftig für nichtig erklärt oder aufgelöst ist. Das hiernach uneheliche Kind behält aber den Unterhaltsanspruch eines ehelichen Kindes (§ 1703). Wegen der Rechtsstellung der Ehegatten s. §§ 1700 bis 1702.

§ 1722

Die Eheschließung zwischen den Eltern hat für die Abkömmlinge des unehelichen Kindes die Wirkungen der Legitimation auch dann, wenn das Kind vor der Eheschließung gestorben ist[1]).

E I 1582 II 1609 M 4, 929 P 4, 704; 6, 315.

1. Die **Wirkungen der Legitimation** erstrecken sich, da das legitimierte Kind in allen Beziehungen als eheliches zu behandeln ist, notwendig **auch auf die Abkömmlinge des Kindes**, ohne daß durch Vertrag hieran etwas geändert werden kann. Diese Wirkung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß das Kind selbst, weil vor der Eheschließung verstorben, nicht mehr legitimiert werden kann.

II. Ehelichkeitserklärung

§ 1723

Ein uneheliches Kind kann auf Antrag seines Vaters[2]) durch eine Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklärt werden[1]).

Die Ehelichkeitserklärung steht dem Bundesstaate[3]) zu, dem der Vater angehört; ist der Vater ein Deutscher, der keinem Bundesstaat angehört, so steht sie dem Reichskanzler zu.

Über die Erteilung der einem Bundesstaate zustehenden Ehelichkeitserklärung hat die Landesregierung zu bestimmen[4]).

E I 1583 Abs 1, 1584 II 1610 Abs 1 M 4, 930 P 4, 704; 5, 66 u. 304.

1. Die **Ehelichkeitserklärung** ist dazu bestimmt, einen Ersatz der Legitimation durch nachfolgende Ehe für solche Fälle zu bieten, wo die Eheschließung nicht möglich ist oder doch dem Vater nicht wohl zugemutet werden kann. Doch ist in dieser Beziehung alles dem Ermessen der über die Ehelichkeitserklärung entscheidenden Stelle überlassen. Die Ehelichkeitserklärung kann versagt werden, auch wenn die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt sind (§ 1734). Die Ehelichkeitserklärung darf aber nicht dazu benutzt werden, einen Ersatz für die wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft verbotene Eheschließung zu gewähren (§ 1732). Die einzelnen Bestimmungen über Ehelichkeitserklärung sind, wenn schon es sich hierbei nicht wie bei der Kindesannahme um ein Vertragsverhältnis handelt und deshalb die zum Schutze gegen mißbräuchliche Kindesannahme gegebenen Vorschriften hier wegfallen, in ganz ähnlicher Weise wie bei der Kindesannahme gestaltet.

2. Über das Erfordernis des **Antrags des Vaters** s. § 1725 A 1.

3. Die **Zuständigkeit des Bundesstaats** bestimmt sich nach der Staatsangehörigkeit, welche der die Ehelichkeitserklärung beantragende Vater zur Zeit der Entscheidung (nicht bloß zur Zeit des Eingangs des Gesuches) hat. Fehlt hiernach dem Bundesstaat die Zuständigkeit, so ist die Ehelichkeitserklärung nicht bloß für das Gebiet des Staates, der hierfür zuständig gewesen wäre, sondern, da die Regelung nur eine einheitliche sein kann, allgemein als ungültig anzusehen. Gehört der Vater mehreren Bundesstaaten an, so ist ein jeder dieser Bundesstaaten zuständig. Die Entscheidung über das Gesuch wird aber füglich dem Bundesstaate, in dem der Vater zugleich seinen Wohnsitz hat, zu überlassen sein. Ist der Vater ein Deutscher, ohne einem Bundesstaate anzugehören, — was bei Verleihung der Reichsangehörigkeit an einen Ansässigen im Schutzbezirk vorkommen kann (§ 9 des SchutzgebGes in d. F. v. 10. 9. 00), — so steht die Erteilung der Ehelichkeitserklärung dem Reiche zu und zwar ist die Entscheidung dem Reichskanzler (nicht wie im Falle des § 23 dem Bundesrat) übertragen.

4. Für den Bezirk des Bundesstaats hat die **Landesregierung** die **zuständige Stelle** und das **Verfahren** für die Ehelichkeitserklärung zu bestimmen. Grundsätzlich ist die Ehelichkeitserklärung Justizverwaltungssache, nicht Justizsache, so daß die Vorschriften über das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zur Anwendung kommen. In den meisten Bundesstaaten ist der Justizminister für zuständig erklärt, in einzelnen Bundes-

staaten der Landesherr, in Elsaß-Lothringen der Statthalter. Für Preußen ist, wenn es sich um die Annahme eines adeligen Namens handelt, die Genehmigung des Königs einzuholen. Das Gesuch ist nach den Ausführungsbestimmungen der Bundesstaaten regelmäßig bei dem Amtsgericht einzureichen, das auch die Entscheidung vorzubereiten hat. Eine Beschwerde gegen den die Ehelichkeitserklärung ablehnenden Bescheid findet nicht statt.

§ 1724

Die Ehelichkeitserklärung kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen[1]).

E I 1594 II 1618 Abs 2 M 4, 946 P 4, 711.

1. S. § 1742 A 1. Aus der Ungültigkeit der bedingten oder befristeten Ehelichkeitserklärung folgt zugleich die Ungültigkeit des eine solche Beschränkung enthaltenden Antrags auf Ehelichkeitserklärung. Auch die in den Antrag nach § 1725 aufzunehmende Anerkennung der Vaterschaft darf nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden (a. M. Blume zu diesem Paragraphen).

§ 1725

Der Antrag[1]) muß die Erklärung des Vaters enthalten, daß er das Kind als das seinige anerkenne[2]).

E I 1585 II 1611 M 4, 937 P 4, 705.

1. Die Grundlage der Ehelichkeitserklärung bildet nicht ein zwischen dem Vater und dem Kinde geschlossener Vertrag, sondern der von dem Vater mit Einwilligung des Kindes (§ 1726) gestellte **Antrag.** Der Antrag des Vaters wird, sobald er bei der zur Entscheidung über die Ehelichkeitserklärung oder zur Entgegennahme des Antrags berufenen Stelle (vgl. § 1723 A 3) eingegangen ist, nicht dadurch unwirksam, daß hinterher der Antragsteller geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig wird (vgl. § 130 Abs 2 u. 3). Über die freie Widerruflichkeit des Antrags und über den Einfluß des Todes des Antragstellers s. § 1733 A 2.

2. Um eine Sicherheit dafür zu haben, daß der Antragsteller der Vater ist, muß die **Anerkennung der Vaterschaft** — die ebenso wie der Antrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf (§ 1730) — mit dem Antrage eingereicht oder nachgebracht werden. Die Richtigkeit der Anerkennung bleibt von der Behörde zu prüfen. Eine gewisse Gewähr der Richtigkeit liegt schon darin, daß die wissentlich falsche Ausstellung der Erklärung nach § 169 StGB Strafe nach sich zieht. Stellt sich später die Unrichtigkeit heraus, so hat dies die Ungültigkeit der einmal erteilten Ehelichkeitserklärung nicht zur Folge (§ 1735). Die Anerkennung hat nur für den Zweck der Ehelichkeitserklärung Bedeutung, wenn schon sie auch für andere Rechtsverhältnisse einen gewissen Beweisanhalt gewähren kann. Die in § 1718 bestimmte Folge des Verzichts auf die Einrede der mehreren Zuhälter ist mit der für die Ehelichkeitserklärung ausgestellten Anerkennung nicht verbunden (bestr.).

§ 1726

Zur Ehelichkeitserklärung ist die Einwilligung des Kindes[1]) und, wenn das Kind nicht das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat, die Einwilligung der Mutter[2]) erforderlich. Ist der Vater verheiratet, so bedarf er auch der Einwilligung seiner Frau[3]).

Die Einwilligung hat dem Vater oder der Behörde gegenüber zu erfolgen, bei welcher der Antrag einzureichen ist; sie ist unwiderruflich[1]).

Die Einwilligung der Mutter ist nicht erforderlich, wenn die Mutter zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist[2]). Das Gleiche gilt von der Einwilligung der Frau des Vaters[3]).

E I 1587, 1591 Satz 2 II 1613 Abs 1 u. 3, 1616 Satz 2 M 4, 940 u. 944 P 4, 708; 5, 443 u. 445.

1. Die **Einwilligung des Kindes** ist bei der weittragenden Bedeutung der durch die Ehelichkeitserklärung herbeigeführten Änderung des Personenstandes nicht zu entbehren. Sie bedarf ebenso wie der Antrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 1730) und wird dadurch wirksam, daß diese Urkunde von dem Einwilligenden dem Vater oder der zur Entscheidung oder zur Entgegennahme des Antrags berufenen Behörde (vgl. § 1723 A 3) überreicht wird, wodurch die Einwilligung zugleich *unwiderruflich* wird (§ 1726 Abs 2). Über die Zulässigkeit der Vertretung s. § 1728 A 1 und 2, über den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung § 1735 A 1.

2. **Die Einwilligung der Mutter** — die erst von der zweiten Kommission für erforderlich erklärt ist — ist nicht bloß im Interesse des noch nicht 21 Jahre alten Kindes, sondern auch im Interesse der Mutter vorgeschrieben, und zwar nicht bloß für den Fall, daß sie durch die Ehelichkeitserklärung das Recht der Fürsorge für die Person des Kindes verliert (vgl. § 1747 A 1). Sie bildet aber nicht ein unbedingtes Erfordernis. Die Einwilligung kann durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden (§ 1727). Von der Einwilligung kann ferner unter den in Abs 3 bezeichneten Voraussetzungen, die der Bestimmung des § 1746 Abs 2 entsprechen, abgesehen werden. Das Hindernis ist ein dauerndes, wenn die Ehelichkeitserklärung, falls das Aufhören des Hindernisses abgewartet werden müßte, ungebührlich verzögert werden würde. Die für die Ehelichkeitserklärung zuständige Stelle hat hierüber nach freiem Ermessen zu befinden (vgl. § 1735). Im übrigen ist auf das in A 1 über die Einwilligung Gesagte zu verweisen.

3. Erforderlich ist endlich die **Einwilligung der Ehefrau des Vaters,** weil die Ehelichkeitserklärung geeignet ist, auf die Gestaltung des ehelichen Lebens einzuwirken. Der Einwilligung bedarf es nicht unter den in Abs 3 bestimmten Voraussetzungen (s. hierüber A 2). Nicht einwilligungsberechtigt ist die Ehefrau, wenn gemäß § 1575 auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt ist (a. M. Staudinger A 1 b). Liegt der Ehefrau daran, die Ehelichkeitserklärung zu verhindern, so mag sie vorher die eheliche Gemeinschaft wieder herstellen. S. im übrigen wegen der Einwilligung die Ausführungen in A 1.

§ 1727

Wird die Einwilligung von der Mutter verweigert, so kann sie auf Antrag des Kindes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt[1]) werden, wenn das Unterbleiben der Ehelichkeitserklärung dem Kinde zu unverhältnismäßigem Nachteile gereichen würde.

E II 1613 Abs 2 P 4, 708.

1. Bei der Entschließung über Erteilung der Einwilligung darf die Mutter nicht rücksichtslos ihr eigenes Interesse unter völliger Hintansetzung des Interesses des Kindes in den Vordergrund stellen. Ihre **Einwilligung kann deshalb durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden,** wenn der aus der Ehelichkeitserklärung für das Kind zu erwartende Vorteil unverhältnismäßig größer ist als der der Mutter entstehende Nachteil. Auf Antrag des Kindes, das nach Vollendung des 14. Lebensjahrs hierzu der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht mehr bedarf (vgl. § 59 FGG — anders die herrschende Meinung), oder im Falle der Geschäftsunfähigkeit des Kindes auf Antrag des gesetzlichen Vertreters hat das Vormundschaftsgericht unter Ausschluß des Prozeßverfahrens und zwar nach Anhörung der Mutter (§§ 1673 Abs 1, 1707) sowie sonstiger Verwandten oder Verschwägerten des Kindes (§ 1673 Abs 2) hierüber zu befinden. Gegen die Entscheidung steht, wenn sie auf Ersetzung der Einwilligung lautet, der Mutter die sofortige Beschwerde (§§ 20 Abs 1, 60 Abs 1 Nr 6, 53 FGG), wenn sie auf Abweisung des Antrags lautet, dem Kinde die einfache Beschwerde zu (§ 20 Abs 2 FGG).

§ 1728

Der Antrag auf Ehelichkeitserklärung sowie die Einwilligung der im § 1726 bezeichneten Personen kann nicht durch einen Vertreter[1]) erfolgen.

Ist das Kind geschäftsunfähig oder hat es nicht das vierzehnte Lebensjahr vollendet, so kann sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilen[2]).

E I 1588, 1589 Abs 2 Satz 2 II 1614 M 4, 942 ff. P 4, 710.

1. Übereinstimmend §§ 1748 Abs 2 und 1750 Abs 1. Wegen der höchstpersönlichen Natur dieser Rechtshandlungen ist die **Zulässigkeit der Vertretung ausgeschlossen.** Es ist weder die Vertretung durch einen Bevollmächtigten, der nicht bloßer Vertreter in Erklärung des Willens ist, noch durch den gesetzlichen Vertreter statthaft. Die Erklärung des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten bedarf nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 1729 Abs 3). Aus besonderen Gründen sind jedoch Ausnahmen von dieser Regel gemacht für den Antrag des Vaters und die Einwilligung des Kindes (s. § 1728 A 2, § 1729 A 1 u. 2).

2. Für die **Einwilligung des geschäftsunfähigen Kindes** (§ 104) ist in gleicher Weise wie dies in § 1750 geschehen ist, um die Möglichkeit der Ehelichkeitserklärung eines solchen Kindes nicht abzuschneiden, die Vertretung durch den Vormund vorbehaltlich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zugelassen. Diese Bestimmung ist auf den Fall ausgedehnt, daß das Kind das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

§ 1729

Ist der Vater in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zu dem Antrag, außer der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts[1]).

Ist das Kind in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so gilt das Gleiche für die Erteilung seiner Einwilligung[1]).

Ist die Mutter des Kindes oder die Frau des Vaters in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist zur Erteilung ihrer Einwilligung die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich.

E I 1589 u. 1590 II 1615 M 4, 943 P 4, 710.

1. Entsprechend der großen Bedeutung, welche die Ehelichkeitserklärung für den Vater und das Kind als die beiden Hauptbeteiligten und zwar auch auf vermögensrechtlichem Gebiete hat, sind in Übereinstimmung mit der Regelung in § 1751 an den **Antrag des Vaters** und die **Einwilligung des Kindes im Falle der beschränkten Geschäftsfähigkeit** dieser Personen (§§ 106, 114) größere Anforderungen gestellt. Verlangt wird die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. In dieser Beziehung sind Vater und Kind gleichgestellt, während eine Vertretung im Falle der Geschäftsunfähigkeit nur hinsichtlich des Kindes (§ 1728 Abs 2) zugelassen ist. Hat das Kind das siebente, aber nicht das vierzehnte Lebensjahr vollendet, so genügt sowohl die in § 1728 Abs 2 als die in § 1729 Abs 2 bestimmte Art der Einwilligung.

§ 1730

Der Antrag sowie die Einwilligungserklärung der im § 1726 bezeichneten Personen bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[1]).

E I 1591 Satz 1 II 1616 Satz 1 M 4, 944 P 4, 711.

1. Die **gerichtliche oder notarielle Beurkundung** (§ 128) ist — in Übereinstimmung mit §§ 1748 Abs 3, 1750 Abs 2 — nicht bloß für den Antrag, sondern auch die Einwilligungserklärungen vorgeschrieben. Dagegen wird die gleiche Form als Bedingung der Gültigkeit der Ehelichkeitserklärung für die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den Erklärungen des in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Vaters oder Kindes (vgl. § 1729 A 1) oder für die Bevollmächtigung zur Überbringung der Erklärung (vgl. § 1728 A 1) nicht zu erfordern sein (§ 182 Abs 2). Die über den Antrag auf Ehelichkeitserklärung entscheidende Stelle kann sich hier mit der schriftlichen Form begnügen.

§ 1731

Ist der Antrag oder die Einwilligung einer der im § 1726 bezeichneten Personen anfechtbar, so gelten für die Anfechtung und für die Bestätigung der anfechtbaren Erklärung die Vorschriften der §§ 1728, 1729[1]).

E I 1600 II 1617 M 4, 950 P 4, 718.

1. Über die **Anfechtung** und **Bestätigung** s. § 1755 A 1.

§ 1732

Die Ehelichkeitserklärung ist nicht zulässig, wenn zur Zeit der Erzeugung des Kindes die Ehe zwischen den Eltern nach § 1310 Abs. 1 wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft verboten war.

E I 1586 II 1612 M 4, 939 P 4, 707.

1. Dem nach § 1310 Abs 1 bestehenden **Verbote der Eheschließung zwischen nahen Verwandten** (Verwandten in gerader Linie, vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern, Verschwägerten in gerader Linie) ist dadurch eine größere Wirksamkeit gewährt, daß Kinder aus einer solchen Geschlechtsverbindung auch nicht auf dem Wege der Ehelichkeitserklärung ehelich werden können (vgl. § 1723 A 1). Unter Verwandtschaft im Sinne des § 1310 ist auch die auf unehelicher Erzeugung beruhende natürliche Verwandtschaft zu verstehen (§ 1310 Abs 3). Eine erst nach Erzeugung des unehelichen Kindes eintretende Schwägerschaft kommt nicht in Betracht. Bei Feststellung der Zeit der Erzeugung ist der Richter formell an die Vorschrift des § 1717 Abs 2 (vgl. A 3 zu diesem Paragraphen) nicht gebunden, wenn schon sie in der Mehrzahl der Fälle, weil eine genauere Feststellung des Zeitpunkts der Erzeugung nicht möglich ist, für ihn leitend sein wird. Durch das Eheverbot des § 1310 Abs 2 und des § 1311 wird die Legitimation nicht ausgeschlossen.

§ 1733

Die Ehelichkeitserklärung kann nicht nach dem Tode des Kindes erfolgen[1]).

Nach dem Tode des Vaters ist die Ehelichkeitserklärung nur zulässig, wenn der Vater den Antrag bei der zuständigen Behörde eingereicht oder bei oder nach der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Antrags das Gericht oder den Notar mit der Einreichung betraut hat[2]).

Die nach dem Tode des Vaters erfolgte Ehelichkeitserklärung hat die gleiche Wirkung, wie wenn sie vor dem Tode des Vaters erfolgt wäre[2]).

E I 1595 II 1619 M 4, 946 P 4, 706, 711 ff.

1. Die Ehelichkeitserklärung ist nur zugelassen im Interesse des unehelichen Kindes, dem hierdurch im Verhältnis zum Vater die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes gewährt werden soll, daher **nicht nach dem Tode des Kindes,** nicht im Interesse der Abkömmlinge des Kindes, die durch die Ehelichkeitserklärung nur nebenher mitbetroffen werden (§ 1737). Es verhält sich hiermit ebenso wie mit der Annahme an Kindes Statt, die nur zur Gewinnung eines Kindes, nicht zur Gewinnung eines Enkels statthaft ist (vgl. § 1741 A 3, § 1753 A 1). Es folgt hieraus die Hinfälligkeit der Ehelichkeitserklärung, wenn das Kind vor dem Zeitpunkte, wo die Ehelichkeitserklärung wirksam geworden ist (s. hierüber § 1736 A 1) gestorben ist.

2. Auch durch den **Tod des Vaters** wird grundsätzlich die Ehelichkeitserklärung ausgeschlossen, da ihr hauptsächlichster Zweck, die Herstellung eines auf ehelicher Grundlage beruhenden persönlichen Kindesverhältnisses, hierdurch vereitelt ist. Hat der Vater jedoch den Antrag bereits bei der zur Entscheidung oder zur Entgegennahme des Antrags zuständigen Stelle (vgl. § 1723 A 3) eingereicht oder doch das beurkundende Gericht oder den beurkundenden Notar mit der Einreichung ausdrücklich beauftragt und somit alles getan, was seinerseits zur Erreichung der Ehelichkeitserklärung zu tun ist, so ist der spätere Tod des Vaters einflußlos. Es soll dem Kinde nicht zum Nachteil gereichen, daß bis zur Entscheidung ein gewisser Zeitraum vergeht, auf dessen Abkürzung der Antragsteller keine Einwirkung üben kann. — Mit der in A 2 bezeichneten Einreichung oder Beauftragung ist nicht etwa die Wirkung verbunden, daß nunmehr der Vater an den von ihm gestellten Antrag gebunden wäre. Er kann vielmehr den Antrag bis zum Wirksamwerden der Ehelichkeitserklärung (s. § 1736 A 1) frei widerrufen. Der Widerruf muß allerdings bis zu diesem Zeitpunkte zur Kenntnis der für die Entscheidung zuständigen Stelle gebracht sein (vgl. die abweichende Regelung in § 81 Abs 2). Den Erben des Vaters steht nach Erfüllung der in Abs 2 bezeichneten Voraussetzungen das Widerrufsrecht nicht zu.

§ 1734

Die Ehelichkeitserklärung kann versagt werden, auch wenn ihr ein gesetzliches Hindernis nicht entgegensteht[1]).

E I 1592 II 1618 Abs 1 M 4, 945 P 4, 711.

1. Es ist hiermit zum Ausdruck gebracht, daß die Erteilung der Ehelichkeitserklärung im **freien Belieben der Staatsgewalt** steht (§ 1723 A 1).

§ 1735

Auf die Wirksamkeit der Ehelichkeitserklärung[1]) ist es ohne Einfluß, wenn der Antragsteller nicht der Vater des Kindes ist[2]) oder wenn mit Unrecht angenommen worden ist, daß die Mutter des Kindes oder die Frau des Vaters zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt sei[3]).

E I 1593 II 1620 M 4, 946 P 4, 711.

1. Der Mangel eines der gesetzlichen Erfordernisse macht die **Ehelichkeitserklärung unwirksam.** Einem jeden Beteiligten ist gestattet, diese Unwirksamkeit im Prozesse geltend zu machen. Es genügt aber, wenn die gesetzlichen Erfordernisse zur Zeit der Erteilung der Ehelichkeitserklärung erfüllt sind und zwar gilt dies auch für die Einwilligung der in § 1726 bezeichneten Personen, die noch nach Einreichung des Antrags des Vaters erklärt werden kann (vgl. § 1754 A 2 a. E.).

2. In der Bestimmung, daß es **ohne Einfluß** sein soll, **wenn der Antragsteller nicht der Vater des Kindes** ist, ist eine Ausnahme von dem in A 1 dargestellten Grundsatze nicht zu finden. § 1725 verlangt nur, daß der Antrag die Anerkennung der Vaterschaft enthält, macht aber die Gültigkeit der Ehelichkeitserklärung nicht von der Richtigkeit der Anerkennung

abhängig. Ist die Anerkennung unrichtig, so kann allerdings der Antragsteller, da die Richtigkeit der Anerkennung die sich von selbst verstehende Voraussetzung des Antrags ist, den Antrag und damit auch die Ehelichkeitserklärung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung anfechten. Ebenso kann das Kind aus gleichem Grunde die Einwilligungserklärung anfechten. Zu beachten ist hierbei, daß es nach Erteilung der Ehelichkeitserklärung zum Nachweise der Unrichtigkeit der Anerkennung nicht genügt, daß die Mutter innerhalb der Empfängniszeit noch mit einem andern Manne geschlechtlich verkehrt hat. Es sind hier dieselben Grundsätze, die für die eheliche Abstammung gelten (§§ 1591, 1592, vgl. § 1720 A 1), zur Anwendung zu bringen.

3. Darüber, ob der Einholung der Einwilligung der Mutter oder der Ehefrau des Vaters ein dauerndes Hindernis entgegensteht, hat die über die Ehelichkeitserklärung entscheidende Stelle nach freiem Ermessen zu befinden (§ 1726 A 2). Es folgt hieraus, daß die Ehelichkeitserklärung **nicht wegen irrtümlicher Annahme eines solchen Hindernisses anfechtbar** ist. Die Anfechtung würde nur zulässig sein, wenn das Ermessen rein willkürlich ausgeübt oder das Vorhandensein eines Anfechtungsberechtigten einfach übersehen wäre (a. M. Blume A 3).

§ 1736

Durch die Ehelichkeitserklärung[1]) erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes[2]).

E I 1583 Abs 2 II 1610 Abs 2 M 4, 934 P 4, 704; 5, 445.

1. Die Ehelichkeitserklärung tritt — falls hierüber nicht landesrechtlich gemäß § 1723 Abs 3 eine besondere Bestimmung getroffen ist — mit dem Zeitpunkt in **Wirksamkeit**, wo sie dem den Antrag stellenden Vater bekannt gemacht ist (vgl. §§ 16 Abs 1, 67 FGG — bestr.; Dernburg IV § 92 A 7 hält entsprechend dem § 196 FFG die Bekanntmachung an das Kind, Blume A 4 und andere die Zeit der Unterzeichnung der Verfügung für maßgebend). Rückwirkende Kraft ist der Ehelichkeitserklärung nicht beigelegt.

2. Die **Stellung eines ehelichen Kindes** erlangt das Kind für sich und seine Abkömmlinge nur im Verhältnis zu dem den Antrag stellenden Vater. Diese Rechtsstellung zeigt sich nicht bloß auf dem Gebiete der elterlichen Gewalt, sondern auch auf dem Gebiete der Unterhaltspflicht, des Vormundschaftsrechts, des Erbrechts, bei Anwendung der §§ 1616 bis 1625. Besondere Abmachungen hierüber zwischen Vater und Kind vor Erteilung der Ehelichkeitserklärung sind ohne Bedeutung, da diese nicht auf einem Vertragsverhältnis, sondern auf einer Verfügung der Staatsgewalt beruht. Dritte Personen sind natürlich nicht gehindert, für die von ihnen ausgehenden Zuwendungen zu bestimmen, ob das für ehelich erklärte Kind dem ehelichen gleichstehen soll. — Gegen den natürlichen Vater können, solange die Ehelichkeitserklärung in Kraft ist, keine Ansprüche von dem Kinde erhoben werden (vgl. § 1735 A 1 — bestr.).

§ 1737

Die Wirkungen der Ehelichkeitserklärung erstrecken sich auf die Abkömmlinge des Kindes; sie erstrecken sich nicht auf die Verwandten des Vaters. Die Frau des Vaters wird nicht mit dem Kinde, der Ehegatte des Kindes wird nicht mit dem Vater verschwägert[1]).

Die Rechte und Pflichten, die sich aus dem Verwandtschaftsverhältnisse zwischen dem Kinde und seinen Verwandten ergeben, bleiben unberührt, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt[2]).

E I 1596 II 1621 M 4, 947 P 4, 713.

1. Durch die Ehelichkeitserklärung tritt das Kind ebensowenig in die Familie des Vaters wie das an Kindes Statt angenommene Kind in die Familie des Annehmenden (§ 1763). Es entsteht — unbeschadet des auf der natürlichen Erzeugung beruhenden Eheverbots des § 1310 Abs 3 — **kein Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Kinde und den Verwandten** des Vaters, auch **kein Schwägerschaftsverhältnis** zwischen dem Kinde und der Ehefrau des Vaters. Der Vater des Antragstellers gilt im Sinne der vormundschaftsrechtlichen Bestimmungen (§§ 1776 Abs 1 Nr 3, 1897, 1899) nicht als Großvater des Kindes. Dagegen nehmen an der Ehelichkeitserklärung teil die Abkömmlinge des Kindes und zwar (abweichend von § 1762) auch die zur Zeit der Ehelichkeitserklärung bereits vorhandenen Abkömmlinge. Diese Abkömmlinge treten, allerdings erst von der Ehelichkeitserklärung ab (vgl. § 1736 A 1), in diejenige Rechtsstellung ein, für welche bereits durch die Abstammung von dem unehelichen,

aber der Legitimation fähigen Kinde der Grund gelegt war. Auf den Ehegatten des Kindes oder der Abkömmlinge erstreckt sich die Wirkung der Ehelichkeitserklärung nicht.

2. Eine notwendige Folge davon, daß das für ehelich erklärte Kind nicht in die Familie des Vaters eintritt, ist es, daß **das Kind in der Familie der Mutter verbleibt.** Die aus dem Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Kinde und der unehelichen Mutter sowie ihren Verwandten sich ergebenden Rechte und Pflichten erfahren — abgesehen von den für die Mutter geltenden besonderen Bestimmungen der §§ 1738, 1739 und 1305 (s. § 1738 A 3) — nur dadurch eine Änderung, daß mit den Rechten der Mutter und ihrer Verwandten (Erbrecht, Unterhaltsanspruch usw.) nunmehr das Recht des Vaters zusammentrifft.

§ 1738

Mit der Ehelichkeitserklärung[1]) verliert die Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Hat sie dem Kinde Unterhalt zu gewähren, so treten Recht und Pflicht wieder ein, wenn die elterliche Gewalt des Vaters endigt oder wenn sie wegen Geschäftsunfähigkeit des Vaters oder nach § 1677 ruht[2])[3]).

E I 1597 II 1622 M 4, 948 ff. P 4, 714.

1. Über den Zeitpunkt, in dem die Ehelichkeitserklärung **wirksam** wird, s. § 1736 A 1.

2. Das **Fürsorgerecht der Mutter für die Person des Kindes** (§ 1707) muß als mit der elterlichen Gewalt des Vaters unvereinbar hinter dieser zurücktreten und **geht** insofern der Mutter **verloren.** An sich würde es zulässig sein, das Fürsorgerecht für die Zeit nach Beendigung der elterlichen Gewalt oder während des Ruhens der Gewalt im Falle des § 1676 Abs 1 und § 1677 — im Falle des § 1677 Abs 2 verbleibt dem Vater die Fürsorge — fortbestehen zu lassen. Man hat jedoch hiervon Abstand genommen, weil inzwischen eine zu große Entfremdung zwischen Mutter und Kind eingetreten sein kann (M 4, 949). Nur wenn hinzukommt, daß die Mutter in Erfüllung ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht dem Kinde tatsächlich (ganz oder teilweise) **Unterhalt gewährt,** tritt in den bezeichneten Fällen mit der Unterhaltsgewährung ihr Recht der tatsächlichen Fürsorge wieder in Kraft (vgl. § 1765 Abs 2). Es würde unbillig sein, die Mutter nur die Last des Unterhalts tragen zu lassen, ohne ihr das in wesentlichem Zusammenhang hiermit stehende Recht der Fürsorge (vgl. § 1612 Abs 2) zu geben. Das Recht der Fürsorge kann auf Grund des § 1666 eingeschränkt oder gänzlich entzogen werden. Wird es von der Mutter nicht ausgeübt, so bleibt das volle Recht des Vaters in Kraft.

3. Da durch die Ehelichkeitserklärung das Fürsorgerecht der Mutter nicht vollständig verloren geht (vgl. A 1), muß ihr das **Recht des persönlichen Verkehrs** mit dem Kinde (§ 1666) verbleiben. Über die nähere Regelung des Verkehrs wird im Streitfalle nicht der Prozeßrichter, sondern der Vormundschaftsrichter zu befinden haben (vgl. RG 69, 94 — anders die herrschende Ansicht). Es sind hierbei, soweit das Wohl des Kindes hierdurch nicht beeinträchtigt ist, die Abmachungen zwischen dem Vater und der Mutter über die Ausübung dieses Verkehrs in erster Linie zu berücksichtigen. Das Recht der Einwilligung zu der Eheschließung ihres noch nicht 21 Jahre alten Kindes geht der Mutter nach § 1305 Abs 1 letzter Satz durch die Ehelichkeitserklärung dauernd verloren. Über die Einwilligung zur Kindesannahme s. § 1747 A 1.

§ 1739

Der Vater ist dem Kinde und dessen Abkömmlingen vor der Mutter und den mütterlichen Verwandten zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet[1]).

E I 1598 II 1623 M 4, 949 P 4, 716.

1. Die Folge der Ehelichkeitserklärung ist, daß die **Pflicht zur Unterhaltung** des Kindes, was mit § 1606 Abs 2 in Einklang steht, den Vater vor der Mutter trifft und daß ebenso zur Unterhaltung der Abkömmlinge des Kindes, während sonst die väterlichen und mütterlichen Großeltern nach § 1606 Abs 2 zu gleichen Teilen haften, der Vater vor der Mutter verpflichtet ist. Die Mutter und die nach ihr haftenden mütterlichen Vorfahren haben hiernach für den Unterhalt nur insoweit einzustehen, als der Vater ohne Gefährdung des eigenen standesgemäßen Unterhalts zur Erfüllung der Unterhaltspflicht nicht imstande ist, oder die Rechtsverfolgung gegen ihn erheblich erschwert ist (§§ 1603, 1607). § 1739 entspricht der für die Annahme an Kindes Statt geltenden Bestimmung des § 1766 Abs 1.

§ 1740

Will der Vater eine Ehe eingehen[1]), während er die elterliche Gewalt über das Kind hat, so finden die Vorschriften der §§ 1669 bis 1671 Anwendung.

E I 1599 II 1624 M 4, 949 P 4, 716; 6, 299.

1. In Ansehung des für ehelich erklärten Kindes treten, **wenn der Vater nachher eine Ehe eingeht,** dieselben Änderungen ein, als wenn das Kind in der Ehe geboren wäre und nach Auflösung dieser Ehe eine neue Ehe von dem Vater geschlossen würde. Es sind deshalb von diesem hinsichtlich des Nachweises des Vermögens und der Auseinandersetzung (§ 1669 bis 1671, 1314) die gleichen Pflichten zu erfüllen wie bei der Wiederverheiratung (vgl. § 1761). Darauf, ob er bei Erteilung der Ehelichkeitserklärung tatsächlich verheiratet war, kommt es hiernach nicht weiter an.

Achter Titel

Annahme an Kindes Statt

1. Die unbeschränkte Zulässigkeit der Annahme an Kindes Statt würde der Eheschließung nicht förderlich sein. Die Kindesannahme ist daher nur **unter Beschränkungen** (§§ 1741, 1744) gestattet. Auch ist Vorsorge getroffen, daß sie nicht zur Verfolgung eigennütziger Zwecke mißbraucht wird (§§ 1752, 1759, 1760, 1767, 1771). Das durch die Annahme an Kindes Statt geschaffene Rechtsverhältnis ist grundsätzlich dem natürlichen Kindesverhältnis nachgebildet (vgl. §§ 1744, 1742, 1743, 1746, 1749, 1757) Ein Verwandtschaftsverhältnis wird jedoch nur zwischen den Vertragsparteien begründet, als welche auch der Ehegatte des Annehmenden und die zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen Abkömmlinge des Kindes zugezogen werden können (§§ 1757 Abs 2, 1762, 1763).

2. **Räumlicher Geltungsbereich.** Die Voraussetzungen und Rechtswirkungen der Annahme an Kindes Statt bestimmen sich gemäß Art 22 EG nach deutschem Recht, wenn der Annehmende „zur Zeit der Annahme“, das ist zur Zeit der Mitteilung der Bestätigung an den Annehmenden (vgl. § 1754 A 1), die Reichsangehörigkeit besitzt. Es gilt dies grundsätzlich auch hinsichtlich des in § 1748 Abs 3 und § 1750 Abs 2 vorgeschriebenen Formerfordernisses, mit der Besonderheit natürlich, daß darüber, wie die öffentliche Beurkundung zu bewirken ist, bei einer im Auslande erfolgten Beurkundung nur das ausländische Recht maßgebend sein kann. Art 11 Abs 1 Satz 2 EG ist hiernach nicht unbedingt entscheidend (anders die herrschende Ansicht). Der Grundsatz des Art 22 ist einer ergänzenden Ausdehnung auf Ausländer fähig (vgl. Vorbem 6 vor § 1). Eine besondere Schutzbestimmung im Interesse des Deutschen ist es, daß bei Kindesannahme eines Deutschen durch einen Ausländer hinsichtlich des Erfordernisses der Einwilligung des Kindes, seiner Eltern (beziehentlich seiner unehelichen Mutter) und des Ehegatten des Kindes den Vorschriften des deutschen Rechts genügt sein muß (Art 22 Abs 2 EG). In gleicher Weise wird das deutsche Gericht, wenn ein Ausländer von einem Deutschen an Kindes Statt angenommen wird, hinsichtlich der zur Kindesannahme erforderlichen Einwilligung des Kindes und seiner Angehörigen die Vorschriften des Heimatsrechts des Ausländers zu berücksichtigen haben.

3. **Übergangsvorschriften.** Die Gültigkeit einer vor Inkrafttreten des BGB erfolgten Annahme an Kindes Statt und die Rechtswirkungen dieses Vertrages, auch dritten Personen gegenüber, sind nach bisherigem Recht zu beurteilen, vorausgesetzt, daß der Vertrag unter Herrschaft dieses Rechts vollwirksam geworden ist (Art 209 EG). Nach früherem Recht bestimmt sich insbesondere, ob und inwieweit durch die Kindesannahme ein Verwandtschaftsverhältnis und Namensrecht begründet ist und welche Einschränkungen durch den Annahmevertrag die Eltern des angenommenen Kindes in ihren Rechten erlitten haben. Diese Regel erleidet indes insofern eine Ausnahme, als der Inhalt der dem Annehmenden zukommenden elterlichen Rechte und Pflichten sich von Inkrafttreten des BGB an nach dessen Vorschriften bemißt (vgl. Art 203 EG — a. A. Habicht Intern. PrivR zu Art 22 EG IV). Abändernde Vereinbarungen im Annahmevertrage bleiben insoweit bestehen, als sie nach neuem Recht zulässig sind.

4. Das BGB kennt als familienrechtlichen Vertrag, durch welchen ein Eltern- und Kindesverhältnis begründet wird, nur die Annahme an Kindes Statt, nicht den Vertrag über **Annahme eines Pflegekindes.** Der Inhaber der elterlichen Gewalt wird durch Abschluß eines solchen Vertrages nicht gehindert, das Kind jederzeit zurückzufordern. Der Verzicht auf das Rückforderungsrecht kann auch nicht durch Vereinbarung einer Vertragsstrafe (vgl. § 344) oder durch Übernahme einer Verpflichtung zum Schadensersatz wirksam gemacht werden. Die familienrechtlichen Wirkungen des im Preußischen Recht anerkannten Pflege-

kindschaftsverhältnisses (ALR II 2 §§ 753 ff.) sind seit dem 1. 1. 00 fortgefallen (RG 24. 1. 07 B IV 6/07). Ein vor diesem Zeitpunkt geschlossener Einkindschaftsvertrag hat, soweit darin nicht eine gültige Kindesannahme enthalten ist, mit Inkrafttreten des BGB seine personenrechtliche Wirksamkeit verloren. Eine in dem Vertrage übernommene Unterhaltspflicht wird meist in dem Sinne aufzufassen sein, daß die Bestimmungen des jeweils geltenden Rechts über die zwischen Vater und Kind bestehende Unterhaltspflicht maßgebend sein sollen (RG 22. 9. 02 IV 140/02).

5. Auf dem Gebiete des **öffentlichen Rechts** hat die Annahme an Kindes Statt regelmäßig keine Bedeutung. Sie hat nach § 2 letzter Abs StAngG v. 1. 6. 70 den Eintritt des Kindes in die Staatsangehörigkeit des Annehmenden nicht zur Folge. Ebensowenig erstreckt sich die Verleihung der Staatsangehörigkeit und die Entlassung oder der sonstige Verlust der Staatsangehörigkeit auf das angenommene Kind (§§ 11, 19, 21 Abs 2 d. G. i. d. F. des Art 41 EG). Auch hinsichtlich der Erbschaftssteuer ist das angenommene Kind (Steuer = 6 Prozent) dem ehelichen nicht gleichgestellt (G. v. 3. 6. 06 §§ 4 u. 10 unter II 6). Dagegen zeigt sich die durch die Annahme an Kindes Statt begründete Familiengemeinschaft darin wirksam, daß das angenommene Kind geradeso wie das eheliche Kind den Unterstützungswohnsitz des Annehmenden teilt (§ 18 UWG v. 30. 5. 08). Die Frage, ob durch die Annahme an Kindes Statt der Adel übertragen wird, ob es hierzu der landesherrlichen Genehmigung bedarf, entscheidet sich nach Landesrecht. In Lehen und Familienfideikommisse ist das angenommene Kind, falls für Familienfideikommisse in der Stiftungsurkunde nichts anderes festgesetzt ist, regelmäßig nicht nachfolgeberechtigt (vgl. Art 59 EG).

§ 1741

Wer keine ehelichen Abkömmlinge hat[1]), kann durch Vertrag[2]) mit einem andern diesen an Kindes Statt annehmen[3]). Der Vertrag bedarf der Bestätigung[4]) durch das zuständige Gericht[4]).

E I 1601 Abs 2, 1602 Satz 1, 1617 Satz 1 II 1625 Abs 1, 1631 Satz 1, 1632 Abs 1 Satz 1 M 4, 951 u. 972 P 4, 718 u. 724.

1. Ein **Hindernis der Annahme** an Kindes Statt bildet das **Vorhandensein ehelicher Abkömmlinge** nur, wenn sie zur Zeit des Abschlusses des Annahmevertrages — wodurch eine Bindung zwischen den Vertragschließenden bewirkt wird (§ 1754 Abs 1 Satz 2) — bereits geboren, nicht bloß erzeugt sind (a. M. Dernburg IV § 94 unter I). Zu den ehelichen Abkömmlingen sind auch die legitimierten Kinder (§§ 1719, 1723) und die als ehelich geltenden Kinder aus einer nichtigen Ehe (§§ 1699, 1704) zu zählen. Die Nichtbeachtung des hier aufgestellten Erfordernisses, wovon Befreiung nicht gewährt werden kann, macht den Annahmevertrag nichtig, auch wenn er die gerichtliche Bestätigung erhalten haben sollte.

2. Die Annahme an Kindes Statt setzt einen **Vertrag** zwischen dem Annehmenden und dem angenommenen Kinde voraus, nicht einen Vertrag mit den Eltern oder der unehelichen Mutter des Kindes, welche nur durch Erteilung der Einwilligung an dem Vertrage teilnehmen. Der Vertrag hat die Natur eines familienrechtlichen Vertrages. Eine Bindung (§ 1754 Abs 1) wird nur erzeugt durch die in der Form des § 1750 Abs 2 erklärte Einigung. Eine Verpflichtung zur Abschließung eines Kindesannahmevertrages oder zur Aufhebung eines solchen Vertrages kann nicht gültig eingegangen werden. Ebensowenig können die Grundsätze über die bindende Kraft eines Vertragsantrags (§§ 145 ff.) Platz greifen. Über die Dauer der Bindung s. § 1754 A 3.

3. Das BGB kennt nur eine Annahme **an Kindes Statt** (vgl. §§ 1742, 1753 Abs 1, 1767 Abs 2) nicht eine Annahme an Enkel Statt. Zulässig ist es, daß der Vater oder die Mutter das eigene uneheliche Kind an Kindes Statt annimmt, wie auch eine derartige Kindesannahme vielfach in Gebrauch ist. Sie behält neben der Einrichtung der Legitimation durch nachfolgende Ehe oder Ehelichkeitserklärung ihre selbständige Bedeutung (vgl. RG JW 06, 599[2]). Es ist oft nur auf diesem Wege möglich, den Makel der unehelichen Geburt völlig zu tilgen. Für die uneheliche Mutter bildet die Möglichkeit der Kindesannahme einen Ersatz für die nur auf Antrag des Vaters zulässige Ehelichkeitserklärung. Der Vertrag kann nur zum Zwecke der Kindesannahme benutzt werden. Ist die Absicht der Parteien nicht hierauf, sondern nur auf die Namensänderung (vgl. § 1758) gerichtet, so ist der Vertrag als zum Schein abgeschlossen als nichtig anzusehen und kann aus diesem Grunde die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu dem Vertrage versagt werden (ROL 7, 425; 12, 347; KGJ 32 A 47; vgl. RG 29, 132). Nichtig ist der Vertrag auch dann, wenn er gegen die guten Sitten verstößt (§ 138). Von einer Nichtigkeit kann aber nicht die Rede sein, wenn der eine Vertragsteil den unsittlichen Charakter der vom Vertragsgegner erstrebten Zwecke und gehegten Beweggründe nicht erkannt hat (RG 25. 4. 07 IV 470/06).

4. **Zuständig** für die Bestätigung ist nach §§ 65, 66 FGG das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Annehmende seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt zu der Zeit hat, wo der Antrag bei dem Amtsgericht eingeht oder das beurkundende Gericht (Notar) mit der Einreichung beauftragt ist. Im Interesse des im Auslande befindlichen Deutschen ist eine besondere Zuständigkeitsbestimmung in § 66 Abs 2 gegeben. Die örtliche Unzuständigkeit ist auf die Gültigkeit der Bestätigung ohne Einfluß (§ 7 FGG). Eine Beschwerde und zwar die sofortige Beschwerde, die von jedem der Vertragschließenden erhoben werden kann, findet nach § 68 FGG nur gegen die Versagung der Bestätigung statt.

§ 1742

Die Annahme an Kindes Statt kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen[1]).

E I 1615 II 1630 M 4, 971 P 4, 721.

1. Die Annahme an Kindes Statt kann, da das durch sie begründete Kindesverhältnis dem natürlichen Kindesverhältnis entsprechen soll, **zeitlich nicht begrenzt werden,** weder durch Beifügung eines Anfangstermins oder Endtermins noch durch Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung. Der Annahmevertrag bleibt in solchem Falle ungültig, auch wenn der Anfangstermin oder die Bedingung bereits vor der Bestätigung eingetreten sein sollte. Eine zeitliche Begrenzung kann übrigens auch nicht dadurch herbeigeführt werden, daß die Verpflichtung übernommen wird, zu einer bestimmten Zeit oder bei Eintritt einer bestimmten Bedingung die Aufhebung der Kindesannahme zu bewilligen (vgl. § 1741 A 2). Keinen Verstoß gegen § 1742 enthält es, wenn als Bedingung ein Umstand gesetzt wird, der schon die gesetzliche Voraussetzung für die Gültigkeit des Vertrages bildet.

§ 1743

Das Vorhandensein eines angenommenen Kindes steht einer weiteren Annahme an Kindes Statt nicht entgegen[1]).

E I 1602 Satz 2 II 1625 Abs 2 M 4, 959 P 4, 719.

1. Daraus, daß das angenommene Kind dem ehelichen gleichsteht (§ 1757 Abs 1), könnte die Schlußfolgerung gezogen werden, daß ebenso wie das Vorhandensein eines ehelichen Kindes (§ 1741) auch das Vorhandensein eines angenommenen Kindes einer neuen Kindesannahme entgegenstehe. Dieser Schlußfolgerung will § 1743 vorbeugen. Wie das eheliche Kind sich die Schmälerung seiner Rechte durch die Geburt eines zweiten ehelichen Kindes gefallen lassen muß, so muß auch das angenommene Kind die **Annahme eines weiteren Kindes** dulden. Ist die Absicht bei der zweiten Kindesannahme auf diese Schmälerung gerichtet, so wird unter Umständen § 138 oder § 826 zur Anwendung gebracht werden können.

§ 1744

Der Annehmende muß das fünfzigste Lebensjahr vollendet haben[1]) und mindestens achtzehn Jahre älter sein als das Kind[2]).

E I 1607 Abs 1, 1604 Abs 1 II 1626 Abs 1 M 4, 960 P 4, 720.

1. Die **Vollendung des 50. Lebensjahrs** wird verlangt, weil bei diesem Alter die Aussicht auf Gewinnung leiblicher Kinder nur eine geringe ist. Die weitere Heraufsetzung der Altersgrenze würde den praktischen Wert der Kindesannahme zu sehr verkümmern. Das 50. Lebensjahr ist, wie aus § 187 Abs 2 folgt, mit dem Beginn des 50. Geburtstages vollendet. Befreiung von diesem Erfordernis ist nach § 1745 zulässig.

2. Soll die Kindesannahme ihrem Zwecke entsprechend (vgl. Vorbem 1 vor § 1741) einen dem natürlichen Kindesverhältnis nachgebildeten Zustand herbeiführen, so muß der Altersunterschied ein solcher sein, daß der Annehmende in Wirklichkeit der Vater (bez. Mutter) des angenommenen Kindes sein könnte. Es wird deshalb (in Anschluß an die plena pubertas des römischen Rechts) und zwar ohne Unterscheidung, ob der Annehmende ein Mann oder eine Frau ist, ein Altersunterschied von 18 Jahren gefordert. Das Kind darf nicht vor Beginn des 18. Geburtstags des Annehmenden geboren sein.

§ 1745

Von den Erfordernissen des § 1744 kann Befreiung bewilligt werden, von der Vollendung des fünfzigsten Lebensjahrs jedoch nur, wenn der Annehmende volljährig ist[1]).

Die Bewilligung steht dem Bundesstaate zu, dem der Annehmende angehört; ist der Annehmende ein Deutscher, der keinem Bundesstaat angehört, so steht die Bewilligung dem Reichskanzler zu[2]).

Über die Erteilung der einem Bundesstaate zustehenden Bewilligung hat die Landesregierung zu bestimmen[2]).

E I 1603 Abs 2, 1604 Abs 2, 1605 II 1626 Abs 2 u. 3 M 4, 960 P 4, 718; 6, 67 u. 304.

1. Die Zulässigkeit der **Befreiung von dem Erfordernis des 50. Lebensjahrs** hat hauptsächlich darin ihren Grund, daß die Unwahrscheinlichkeit der Gewinnung leiblicher Kinder nach der besonderen Beschaffenheit des Annehmenden schon in einem früheren Lebensalter eintreten kann. Dem Gesuche um Befreiung pflegt demgemäß ein amtsärztliches Zeugnis darüber beigefügt zu werden, daß der Gesuchsteller leibliche Kinder nicht mehr zu erwarten hat. Eine Schranke ist jedoch in dieser Beziehung dem Ermessen der für die Befreiung zuständigen Stelle nur insofern gezogen, als der Annehmende mindestens volljährig sein muß, da es widersinnig sein würde, die Annahme an Kindes Statt in einem früheren Alter als die Eheschließung, die wenigstens beim Manne die Volljährigkeit voraussetzt, zu gestatten. Der Volljährigkeit des Annehmenden ist auch hier (wie in dem Falle des § 1303) die Volljährigkeitserklärung gleichzustellen. Für die **Befreiung von dem Erfordernis des Altersunterschieds** können die verschiedensten Rücksichten persönlicher und allgemeiner Art maßgebend sein. — Die Gültigkeit des Annahmevertrages kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Bewilligung der Befreiung durch unwahre Angaben erschlichen sei (RG 25. 4. 07 IV 470/06).

2. Die **Bewilligung der Befreiung** ist, falls der Annehmende nur die Reichsangehörigkeit besitzt, dem Reichskanzler übertragen, und ist im übrigen Sache des Bundesstaats, der auch die erforderlichen Ausführungsvorschriften über Zuständigkeit und Verfahren zu erlassen hat. Wenn § 1745 diese Anordnungen der Landesregierung zuweist, so hat damit nicht unter Eingriff in das innerstaatliche Recht des Bundesstaats die Unzulässigkeit einer gesetzlichen Regelung oder eine Beschränkung hinsichtlich der zum Erlaß der Ausführungsvorschriften zuständigen Stelle festgesetzt werden sollen (vgl. § 1322 Abs 3). Die Bewilligung steht dem Bundesstaat zu, dem der Annehmende angehört, bei mehrfacher Staatsangehörigkeit dem von dem Annehmenden zuerst angegangenen Bundesstaat (a. M. Staudinger A 2). Dem Ermessen der zuständigen Stelle, als welche meist der Justizminister bestimmt ist, bleibt es überlassen, vor Erteilung der Bewilligung den Abschluß des Annahmevertrages und die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Vertrages zu fordern. Diese Genehmigung kann nicht deshalb abgelehnt werden, weil vor der Bewilligung der Befreiung die Gültigkeit des Vertrages noch in der Schwebe ist. Wegen der Beschwerde gegen die Versagung der Genehmigung s. § 1821 A 2.

§ 1746

Wer verheiratet ist, kann nur mit Einwilligung seines Ehegatten[1]) an Kindes Statt annehmen oder angenommen werden.

Die Einwilligung ist nicht erforderlich, wenn der Ehegatte zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist[2]).

E I 1606, 1609, 1611 Satz 1 II 1627 M 4, 961 ff. P 4, 721.

1. Wenn auch aus der Annahme an Kindes Statt dem Ehegatten des Annehmenden und des angenommenen Kindes keine Rechte und Pflichten erwachsen, so übt doch die Kindesannahme auf die Gestaltung des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens eine solche Einwirkung, daß der eine **Ehegatte nicht ohne Einwilligung des andern Ehegatten** den Annahmevertrag schließen darf. Die Nichterteilung der Einwilligung macht übrigens diesen Vertrag nicht derart ungültig, daß die Bindung der Vertragschließenden aufgehoben wäre, sondern schließt nur die Bestätigung aus. Über den Zeitpunkt, bis zu welchem die Einwilligung erteilt sein muß, s. § 1754 A 2 a. E.

2. Die Einwilligung des Ehegatten braucht nicht eingeholt zu werden, wenn, wie in Abs 2 näher bestimmt ist, ein **dauerndes Hindernis** entgegensteht, worüber das Gericht bei Erteilung der Bestätigung nach freiem Ermessen zu bestimmen hat (s. § 1726 A 2 u. § 1756 A 1). — Zur Aufhebung der Annahme an Kindes Statt ist die Einwilligung des anderen Ehegatten nicht erforderlich.

§ 1747

Ein eheliches Kind kann bis zur Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahrs nur mit Einwilligung der Eltern, ein uneheliches Kind kann bis zum gleichen Lebensalter nur mit Einwilligung der Mutter an Kindes Statt angenommen werden[1]). Die Vorschrift des § 1746 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung[2])[3]).

E 1610, 1611 Satz 1 II 1629 M 4, 964 P 4, 721.

1. Die **Einwilligung der Eltern und bei einem unehelichen Kinde die Einwilligung der Mutter** wird nicht bloß in solchen Fällen gefordert, in denen die Kindesannahme den Verlust der elterlichen Gewalt beziehentlich des Fürsorgerechts für die Person des Kindes (§ 1765) zur Folge hat. § 1747 verlangt die Einwilligung auch für das für volljährig erklärte Kind unter 21 Jahren, obschon durch die Volljährigkeitserklärung die elterliche Gewalt und das Fürsorgerecht erlischt (§ 1626). Es handelt sich somit bei dem den Eltern und der unehelichen Mutter gegebenen Einwilligungsrecht um einen Ausfluß des natürlichen Verwandtschaftsverhältnisses. Gegen ihren Willen soll die Kindesannahme, die leicht zu einer Lockerung der verwandtschaftlichen Beziehungen führt, überhaupt nicht erfolgen dürfen. Bei einem ehelichen Kinde unter 21 Jahren ist die Einwilligung beider Eltern erforderlich, da die Ausübung eines Rechts der elterlichen Gewalt nicht in Frage steht, der Vater somit kein Vorrecht vor der Mutter beanspruchen kann. Das Einwilligungsrecht steht dem Vater eines aus nichtiger Ehe hervorgegangenen Kindes (nach Auflösung der Ehe), wenn ihm die Nichtigkeit bei der Eheschließung bekannt war, nicht zu, da er in diesem Falle aller Rechte aus der Vaterschaft, nicht bloß der Rechte der elterlichen Gewalt verlustig geht (§ 1701). Ist das Kind durch Ehelichkeitserklärung legitimiert, so bedarf es nicht bloß der Einwilligung des Vaters, der durch die Ehelichkeitserklärung die elterliche Gewalt erlangt hat, sondern auch der Mutter, da ihr die Rechte aus dem Verwandtschaftsverhältnis geblieben sind (§ 1737 Abs 2).

2. Über die Wirkung des **Mangels der Einwilligung** und über den Fall, daß ein **dauerndes Hindernis** der Erteilung der Einwilligung entgegensteht, s. § 1746 A 1 und 2. Letzterer Fall wird namentlich bei einem Findelkinde, dessen Eltern nicht zu ermitteln sind, vorkommen.

3. Zu der **Aufhebung der Kindesannahme** ist die Einwilligung der in A 1 genannten Personen nicht erforderlich. Sie erlangen durch die Aufhebung nicht etwa ihre früheren Rechte zurück, sind also an der Aufhebung unbeteiligt. Ihre Einwilligung ist auch dann nicht nötig, wenn ein anderer das Kind an Kindes Statt annehmen soll, was nur auf dem Wege zu erreichen ist, daß zuvor die erste Kindesannahme aufgehoben wird.

§ 1748

Die Einwilligung[1]) der in den § 1746, 1747 bezeichneten Personen hat dem Annehmenden oder dem Kinde oder dem für die Bestätigung des Annahmevertrags zuständigen Gerichte gegenüber zu erfolgen; sie ist unwiderruflich[2]).

Die Einwilligung kann nicht durch einen Vertreter erteilt werden. Ist der Einwilligende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters[3]).

Die Einwilligungserklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[2]).

E I 1614, 1616 Abs 2 II 1636 M 4, 970 P 4, 724; 5, 443.

1. Ebenso wie die Annahme an Kindes Statt kann auch die **Einwilligung nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung** erklärt werden. Trifft der Annehmende zur Erlangung der Einwilligung eine besondere Abmachung, so ist doch die Wirksamkeit der Einwilligung nicht von der Gültigkeit dieses Abkommens und von der Erfüllung der gemachten Zusagen abhängig. Ein solches Abkommen wird übrigens nicht schon um deswillen als ungültig (§ 138) angesehen werden können, weil dem Einwilligungsberechtigten eine Entschädigung gewährt wird. Eine billige Entschädigung für den Verlust des Kindes wird unter Umständen durchaus am Platze sein.

2. Die Einwilligungserklärung wird als empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft dadurch wirksam, daß sie — in der durch Abs 3 vorgeschriebenen Form der **gerichtlichen oder notariellen Beurkundung** (vgl. § 1726 A 1, § 1730 A 1 — einem der Vertrags-

teile gegenüber oder gegenüber dem für die Bestätigung zuständigen Gericht, das als Vertreter der Vertragsteile erscheint (vgl. § 1741 A 4), abgegeben wird und wird hierdurch zugleich **unwiderruflich.** Nicht nötig ist, daß dieses Gericht bereits durch Einreichung des Antrags auf Bestätigung mit dieser Angelegenheit befaßt ist.

3. Die Erteilung der Einwilligung läßt bei der höchstpersönlichen Natur dieser Rechtshandlung **keine Vertretung** durch einen Bevollmächtigten, wenn er nicht ein bloßer Vertreter in Erklärung des Willens ist, oder den gesetzlichen Vertreter zu. Es kommt auf die persönliche Entschließung des Einwilligungsberechtigten an. Auch der beschränkt Geschäftsfähige (§§ 106, 114) bedarf zur Erklärung der Einwilligung nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

§ 1749

Als gemeinschaftliches Kind kann ein Kind nur von einem Ehepaar[1]) angenommen werden[1]).

Ein angenommenes Kind kann, solange das durch die Annahme begründete Rechtsverhältnis besteht, nur von dem Ehegatten des Annehmenden an Kindes Statt angenommen werden[1]).

E I 1607, 1608 II 1628 M 4, 962, 963 P 4, 721.

1. Die **Annahme eines Kindes als gemeinschaftliches Kind** kann selbstverständlich nur den Ehegatten gestattet sein, da sonst ein dem natürlichen Kindesverhältnis widersprechender Zustand geschaffen sein würde. Sie kann in der Weise geschehen, daß von vornherein beide Eheleute zusammen den Vertrag schließen oder daß nachträglich durch besonderen Vertrag der zweite Ehegatte das Kind ebenfalls an Kindes Statt annimmt. In letzterer Beziehung genügt nicht die einfache Beitrittserklärung zu dem früheren Vertrage. Es muß vielmehr ein neuer Vertrag abgeschlossen werden, der alle Erfordernisse eines Kindesannahmevertrages, auch hinsichtlich der von den Eltern, der unehelichen Mutter und dem Ehegatten des Kindes zu erteilenden Einwilligung, erfüllt. — Über die Rechtswirkungen einer gemeinschaftlichen Kindesannahme s. § 1757 A 2. Die Aufhebung einer solchen Kindesannahme erfordert einen von beiden Ehegatten zu schließenden Vertrag (§ 1768 A 1).

§ 1750

Der Annahmevertrag kann nicht durch einen Vertreter[1]) geschlossen werden. Hat das Kind nicht das vierzehnte Lebensjahr vollendet, so kann sein gesetzlicher Vertreter den Vertrag mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts[2]) schließen.

Der Annahmevertrag muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden[3]).

E I 1612, 1613 Abs 2, 1616 Abs 1 II 1631 Satz 2, 1633 M 4, 969 u. 971 P 4, 722, 724, 726; 5, 443.

1. Wie die Erteilung der Einwilligungserklärung (§ 1748 A 3) ist auch die **Abschließung des Annahmevertrages** eine höchstpersönliche, **keine Vertretung** zulassende Angelegenheit. Ausnahmsweise ist es jedoch, da es namentlich aus erzieherischen Rücksichten sehr wünschenswert ist, die Kindesannahme nicht bis zu einem späteren Alter des Kindes hinauszuschieben, gestattet, daß der gesetzliche Vertreter für das unmündige und für das noch nicht 14 Jahre alte Kind mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Vertrag schließen kann. Auf sonstige Fälle der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit ist diese Ausnahme nicht auszudehnen. Dem im Alter von 7 bis 14 Jahren stehenden, also beschränkt geschäftsfähigen Kinde ist es unbenommen, den Vertrag auch mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts selbst zu schließen. In derselben Weise ist der Vertrag auch von dem über 14 Jahre alten beschränkt geschäftsfähigen Kinde zu schließen (§ 1751 Abs 2). Als gesetzlicher Vertreter kommt, wenn die Sorge für die Person und das Vermögen verschiedenen Personen zusteht, derjenige Vertreter in Betracht, dem die Fürsorge für die Person des Kindes zukommt.

2. Maßgebend für die **Genehmigung des Vormundschaftsgerichts** ist die Rücksicht auf das Wohl des Kindes, wobei die aus der Kindesannahme entspringenden Vorteile und Nachteile gegeneinander abzuwägen sind. Daß das Kind (unter Verletzung des dem verstorbenen leiblichen Vater geschuldeten Andenkens) ausschließlich den Namen des Annehmenden führen soll, kann die Versagung der Genehmigung nicht rechtfertigen (OLG 5, 417). Ist der Annehmende Schuldner des Kindes, so wird zweckmäßig vor Erteilung der Genehmigung die Tilgung oder Sicherstellung der Schuld zu fordern sein (vgl. § 1752). Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts kann auch im voraus für einen unter bestimmten Bedingungen abzuschließenden Annahmevertrag erteilt werden.

3. Bei der Wichtigkeit des die familienrechtliche Stellung des Kindes ändernden Vertrages ist die **gerichtliche oder notarielle Beurkundung** und zugleich als Gewähr für die richtige, dem beiderseitigen Vertragswillen entsprechende Aufnahme des Vertrages die Anwesenheit beider Teile bei der Beurkundung vorgeschrieben. Danach erscheint es nicht angängig, daß ein Vertreter in Erklärung des Willens — was an sich zulässig sein würde (vgl. § 1748 A 3) — die Partei bei Aufnahme des Vertrages vertritt.

§ 1751

Ist der Annehmende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zur Eingehung des Vertrags, außer der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts [1]).

Das Gleiche gilt für das Kind, wenn es in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist [1]).

E I 1613 Abs 1 u. 2 II 1634 M 4, 969 u. 971 P 4, 722, 724, 726; 5, 443.

1. Sowohl für den Annehmenden als für das anzunehmende Kind (vgl. § 1750 A 1) stehen bei Abschließung des Annahmevertrages so gewichtige Interessen in Frage, daß die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu der Erklärung des **in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Vertragsteils** nicht zu entbehren ist. Eine beschränkte Geschäftsfähigkeit des Annehmenden kann übrigens, da die Kindesannahme durch einen Minderjährigen nach § 1745 Abs 1 unzulässig ist, nur infolge Entmündigung wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht vorkommen, in welchem Falle übrigens eine Kindesannahme nur selten gerechtfertigt sein dürfte. Über Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung s. § 1750 A 2.

§ 1752

Will ein Vormund seinen Mündel an Kindes Statt annehmen, so soll das Vormundschaftsgericht die Genehmigung nicht erteilen, solange der Vormund im Amte ist. Will jemand seinen früheren Mündel an Kindes Statt annehmen, so soll das Vormundschaftsgericht die Genehmigung nicht erteilen, bevor er über seine Verwaltung Rechnung gelegt und das Vorhandensein des Mündelvermögens nachgewiesen hat [1]).

Das Gleiche gilt, wenn ein zur Vermögensverwaltung bestellter Pfleger seinen Pflegling oder seinen früheren Pflegling an Kindes Statt annehmen will [2]).

E I 1613 Abs 3 u. 4 II 1635 M 4, 970 P 4, 723.

1. Das Vormundschaftsgericht hat es, wenn ein **Vormund seinen Mündel an Kindes Statt annehmen** will, in der Hand, die Genehmigung des Vertrages davon abhängig zu machen, daß der Vormund zuvor sein Amt niederlegt, über die Verwaltung des Vermögens Rechnung legt und das richtige Vorhandensein des Vermögens nachweist, und wird verständigerweise so verfahren (vgl. § 1750 A 2). Durch § 1752 ist dies Verfahren dem Vormundschaftsgericht unter allen Umständen zur Pflicht gemacht, auch wenn ein Verdacht der Untreue des Vormundes nicht besteht. Unter Umständen kann ein Anlaß vorhanden sein, auch die vorherige Herausgabe des Vermögens zu fordern.

2. Das in A 1 Gesagte findet auch Anwendung auf den zur Vermögensverwaltung bestellten **Pfleger** (§ 1909) und auf den der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt beigeordneten **Beistand**, dem nach § 1693 die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen ist.

§ 1753

Die Bestätigung des Annahmevertrags kann nicht nach dem Tode des Kindes erfolgen [1]).

Nach dem Tode des Annehmenden ist die Bestätigung nur zulässig, wenn der Annehmende oder das Kind den Antrag auf Bestätigung bei dem zuständigen Gericht eingereicht oder bei oder nach der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Vertrags das Gericht oder den Notar mit der Einreichung betraut hat [2]).

Die nach dem Tode des Annehmenden erfolgte Bestätigung hat die gleiche Wirkung, wie wenn sie vor dem Tode erfolgt wäre[2]).

E I 1618 II 1637 M 4, 976 P 4, 726; 5, 145.

1. Ist vor der Bestätigung des Vertrages das Kind gestorben, so wird die Kindesannahme, die nach der Auffassung des Gesetzes wesentlich dem Interesse des Kindes dient, zwecklos. Die Bestätigung kann daher nach dem **Tode des Kindes** nicht mehr erfolgen, auch nicht im Interesse der zu dem Vertrage zugezogenen Abkömmlinge des Kindes (vgl. § 1762).

2. Der **Tod des Annehmenden** hindert nicht, daß die wesentlichen Zwecke des Vertrages, die bessere Ausbildung und Versorgung des Kindes sowie die Erhaltung des Familiennamens erreicht werden können. Das Richtigste würde deshalb sein, den Tod des Annehmenden nach Abschluß des Annahmevertrages, womit eine Bindung der Vertragschließenden eintritt, für einflußlos zu erklären. Das Gesetz hat jedoch, nachdem es in E I den gegenteiligen Standpunkt eingenommen hatte, schließlich in Übereinstimmung mit § 1733 den mittleren Weg eingeschlagen, daß es den Tod des Annehmenden nur dann für bedeutungslos erklärt, wenn dieser oder das Kind das zur Erlangung der Bestätigung Erforderliche bereits getan hat.

§ 1754

Die Annahme an Kindes Statt tritt mit der Bestätigung in Kraft[1]). Die Vertragschließenden sind schon vor der Bestätigung gebunden[3]).

Die Bestätigung ist nur zu versagen, wenn ein gesetzliches Erfordernis der Annahme an Kindes Statt fehlt[2]). Wird die Bestätigung endgültig versagt, so verliert der Vertrag seine Kraft[3]).

E I 1617 Satz 2 u. 3, 1619 II 1632 Abs 1 Satz 2, Abs 2 M 4, 974 ff. P 4, 724 ff.

1. Die rechtlichen Wirkungen der Annahme an Kindes Statt treten erst mit dem Zeitpunkt ein, wo die **Bestätigung** erteilt wird. Dies ist der Zeitpunkt, wo der die Bestätigung aussprechende Beschluß dem Annehmenden oder, falls dieser vor der Bestätigung verstorben ist, dem Kinde (mündlich oder schriftlich) bekannt gemacht wird (§ 67 Abs 1 u. 2 FGG), durch welche Bekanntgabe der Beschluß zugleich der Möglichkeit einer Abänderung entzogen wird (§ 67 Abs 3 das.). Die Bestätigung ist übrigens, ohne daß die Wirksamkeit des Beschlusses davon abhängt, auch den andern Vertragschließenden bekannt zu machen. Rückwirkende Kraft ist dem Beschlusse nicht beigelegt. Sie ist auch nicht darin zu finden, daß es für die Frage, ob der Annehmende eheliche Abkömmlinge hat (§ 1741) und für die Wirkung der Kindesannahme auf die später geborenen Abkömmlinge des Kindes (§ 1762) nicht auf die Zeit der Bestätigung, sondern des Vertragsschlusses ankommt. Die Eintragung in das Geburtsregister ist zur Wirksamkeit der Kindesannahme nicht erforderlich. Diese Eintragung hat der Standesbeamte auf Antrag eines Beteiligten, des Annehmenden oder des angenommenen Kindes, auf Grund selbständiger Prüfung der ihm vorgelegten öffentlichen Urkunden durch Beischreibung eines Randvermerks zu bewirken (§ 26 PStG).

2. Die Bestätigung ist vorgeschrieben, um eine gewisse Sicherheit dafür zu gewähren, daß das nach außen in Erscheinung tretende Kindesverhältnis auch wirklich besteht. Durch die Bestätigung wird — wie auch bei der Bestätigung der Familienstiftung, der Zulassung der Eheschließung durch den Standesbeamten usw. — eine Entscheidung darüber abgegeben, **daß die gesetzlichen Erfordernisse der Kindesannahme erfüllt sind,** ohne daß sich jedoch der Dritte (abgesehen von der Entscheidung über das Vorliegen eines der Abgabe der Einwilligung entgegenstehenden dauernden Hindernisses, § 1756), auf die Gültigkeit des Vertrages unbedingt verlassen darf. Mit der Prüfung, ob die Kindesannahme im Interesse des Kindes ist (vgl. § 1750 A 2), hat der die Bestätigung erteilende Richter nichts zu tun. Der Antrag auf Bestätigung kann von jedem Vertragschließenden gestellt werden, ohne daß hierfür eine besondere Form vorgeschrieben ist und zwar auch durch einen Bevollmächtigten, der sich allerdings als solcher auszuweisen hat. Sind die gesetzlichen Erfordernisse der Kindesannahme erfüllt, so muß die Bestätigung erfolgen. Ist diesen Erfordernissen nicht genügt, so ist dem Antragsteller, soweit Abhilfe möglich, der Mangel bestimmt zu bezeichnen. Ist die Bestätigung trotz Fehlens der gesetzlichen Erfordernisse ausgesprochen, so hindert dies nicht, daß die Kindesannahme im Prozeßwege als ungültig erklärt wird (a. M. Dernburg IV § 94 VI). Die Hebung des Mangels nach der Bestätigung vermag die Ungültigkeit nicht zu heilen, da dem Vertrage in dem Zustande, wie er zur Bestätigung vorlag, die Bestätigung nicht erteilt ist. Anderseits genügt es, wenn die gesetzlichen Erfordernisse zur Zeit der Erteilung der Bestätigung erfüllt sind. Nicht nötig ist, daß die Einwilligung der in den §§ 1746, 1747 bezeichneten Personen schon vor Abschluß des Annahmevertrages erklärt wird. Aus dem Gebrauch des Wortes „Einwilligung" (vgl. § 183) kann nicht gefolgert

werden, daß die nachträgliche Zustimmung unwirksam sei. Wird der Annahmevertrag bestätigt, bevor die nach §§ 1750, 1751 erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erteilt ist, so bleibt die Gültigkeit des Vertrages gemäß §§ 1829, 1830 in der Schwebe (RGJ 37 A 58).

3. Über die durch Abschließung des Annahmevertrages entstehende **Bindung** s. § 1741 A 2. Die Bindung hat die Bedeutung, daß der Annahmevertrag die notwendige unverrückbare Grundlage der Bestätigung bildet. Die Gebundenheit wird dadurch nicht wieder beseitigt, daß in der Zwischenzeit bis zur Bestätigung der eine Vertragsteil geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig wird. Die Bindung erlischt, wenn die Bestätigung versagt wird und dieser Beschluß, gegen den nach §§ 68, 27 FGG die sofortige Beschwerde und weitere Beschwerde statthaft ist, die Rechtskraft erlangt. In der Ablehnung der Entscheidung wegen örtlicher Unzuständigkeit ist eine Versagung im Sinne des § 1754 nicht zu erblicken (Seuff A 57 Nr 99). Mit der Gebundenheit der Vertragschließenden fällt auch die Gebundenheit der Personen, die ihre Einwilligung zu der Kindesannahme erklärt haben, weg. Die Zurückziehung des Antrags auf Bestätigung (vgl. § 1733 A 2 a. E.) hat das Erlöschen der Bindung nicht zur Folge.

§ 1755

Ist der Annahmevertrag oder die Einwilligung einer der in den §§ 1746, 1747 bezeichneten Personen anfechtbar, so gelten für die Anfechtung und für die Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts die Vorschriften des § 1748 Abs. 2, des § 1750 Abs. 1 und des § 1751[1]).

E I 1630 II 1652 M 4, 1001 P 4, 737 ff.

1. Die für die Abschließung des Annahmevertrags und die Erteilung der Einwilligung geltenden Grundsätze über Unvertretbarkeit und Genehmigungsbedürftigkeit finden in gleicher Weise auch auf die **Anfechtung** und auf die **Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts** Anwendung. Die Anfechtung ist gemäß § 143 gegenüber dem Vertragsgegner (oder seinen Erben) und bei Anfechtung der Einwilligung gegenüber derjenigen Partei zu erklären, der die Einwilligung erklärt war. Die gegenüber dem Gericht erfolgte Erklärung (die von dem Gericht in Vertretung der Beteiligten entgegengenommen wird) ist so anzusehen, als wäre die Erklärung gegenüber sämtlichen Vertragsgenossen abgegeben, sodaß auch die Anfechtung allen diesen Personen gegenüber zu erklären ist. Die gleichen Grundsätze gelten für die Bestätigung. Für die Bestätigung wird außerdem (abweichend von § 144 Abs 2) die Einhaltung der gleichen Form (gerichtliche oder notarielle Beurkundung) zu erfordern sein, die für die zu bestätigende Erklärung vorgeschrieben ist (bestr.). Dagegen ist es nicht nötig, daß der zu bestätigende Vertrag vollständig von neuem unter Anwesenheit sämtlicher Vertragsteile vor Gericht oder Notar abgeschlossen wird. Dem § 1755 entspricht auf dem Gebiete der Ehelichkeitserklärung der § 1731.

§ 1756

Auf die Wirksamkeit der Annahme an Kindes Statt ist es ohne Einfluß, wenn bei der Bestätigung des Annahmevertrags mit Unrecht angenommen worden ist, daß eine der in den §§ 1746, 1747 bezeichneten Personen zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt sei[1]).

E II 1638 P 4, 727.

1. S. § 1735 A 3.

§ 1757

Durch die Annahme an Kindes Statt erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden[1]).

Wird von einem Ehepaare gemeinschaftlich[2]) ein Kind angenommen oder nimmt ein Ehegatte ein Kind des andern Ehegatten an, so erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes der Ehegatten.

E I 1601 Abs 1, 1621 II 1639 M 4, 956 u. 980 P 4, 718 u. 729.

1. Aus diesem Grundsatz, daß das angenommene Kind die **Stellung eines ehelichen Kindes** erlangt, folgt nicht bloß die Anwendbarkeit der Vorschriften über die elterliche Gewalt,

sondern auch der sonstigen Bestimmungen über das Verhältnis zwischen Eltern und Kind, über die Hemmung der Verjährung nach § 204, Notwendigkeit der Einwilligung zur Eheschließung nach § 1305, Hausstandsgemeinschaft nach §§ 1617 bis 1619, Unterhaltspflicht nach §§ 1601 ff., Aussteuer- und Ausstattungspflicht nach §§ 1620 ff., Erb- und Pflichtteilsrecht des Kindes usw. Besondere Bestimmungen sind in den §§ 1758 ff. über das Namensrecht, das Erbrecht, das Recht der Vermögensverwaltung und Nutznießung getroffen. Nimmt eine Ehefrau ein Kind an Kindes Statt an, so erlangt sie — abgesehen von dem in A 2 behandelten Falle — die elterliche Gewalt unbeschränkt durch die Rechte des Mannes. Die Wirkungen der Kindesannahme treten mit der Bestätigung des Vertrages ein (s. § 1754 A 1). Ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen den Verwandten des Annehmenden und dem Kinde wird durch die Kindesannahme nicht begründet (§ 1763).

2. Wird ein Kind **von beiden Ehegatten gemeinschaftlich** angenommen, so richtet sich die Teilnahme der Ehefrau an der elterlichen Gewalt nach den für eheliche Kinder geltenden Bestimmungen. Die elterliche Gewalt oder die Ausübung der Gewalt geht in den Fällen der §§ 1684, 1685 auf die Ehefrau über. Kommt es zur Scheidung, so gelten die Bestimmungen der §§ 1635, 1636 auch für das angenommene Kind. Das gleiche Rechtsverhältnis muß eintreten, wenn das Kind von dem Ehegatten seines leiblichen Elternteils (dem Stiefvater oder der Stiefmutter) an Kindes Statt angenommen wird. Es würde widersinnig sein, die Bestimmung des § 1765 hier anzuwenden, wonach durch die Kindesannahme die leiblichen Eltern die Rechte an dem Kinde verlieren. Man wird aber nicht mit den Motiven (4, 980) annehmen dürfen, daß die uneheliche Mutter, wenn ihr Ehemann das Kind an Kindes Statt angenommen hat, hierdurch über das Fürsorgerecht des § 1707 hinaus die Rechte einer Ehefrau gewinnt (anders die herrschende Ansicht).

§ 1758

Das Kind erhält den Familiennamen des Annehmenden[1]. Wird das Kind von einer Frau angenommen, die infolge ihrer Verheiratung einen andern Namen führt, so erhält es den Familiennamen, den die Frau vor der Verheiratung geführt hat[2]. In den Fällen des § 1757 Abs 2 erhält das Kind den Familiennamen des Mannes[3].

Das Kind darf dem neuen Namen seinen früheren Familiennamen hinzufügen, sofern nicht in dem Annahmevertrag ein anderes bestimmt ist[1].

E I 1622 II 1642 M 4, 981 P 4, 729.

1. Das angenommene Kind steht dem ehelichen Kinde auch darin gleich, daß es den **Familiennamen des Annehmenden** erhält. Es hat aber das Recht, dem neuen Namen seinen früheren Familiennamen an zweiter Stelle hinzuzufügen, falls dieses Recht nicht, wie bei Annahme eines unehelichen Kindes durch den Vater wohl regelmäßig geschieht, durch den Annahmevertrag ausgeschlossen ist. Im übrigen ist eine Änderung des Namensrechts nicht zulässig. Hat das Kind (nach vollendetem 14. Lebensjahre) das ihm hinsichtlich der Führung des Doppelnamens zustehende Wahlrecht einmal ausgeübt — die Anmeldung beim Standesamt ist hierzu nicht erforderlich — so ist es an diese Wahl gebunden (bestr.). Wird ein verheirateter Mann an Kindes Statt angenommen, so erlangt den neuen Namen auch seine Frau, da diese nach § 1355 unbedingt den Namen des Mannes teilt. Ihr Interesse, den bisherigen Namen des Mannes nicht zu verlieren, findet dadurch Berücksichtigung, daß ohne ihre Zustimmung die Kindesannahme unstatthaft ist (§ 1746). Auf die nach Abschluß des Annahmevertrages geborenen Abkömmlinge des Kindes geht der neue Namen ohne das vorbezeichnete Wahlrecht (a. M. Staudinger A 3) über, nicht auf die schon früher geborenen Abkömmlinge, falls nicht der Vertrag auch mit ihnen geschlossen ist (§ 1762).

2. Das **von einer Ehefrau angenommene Kind** erhält nicht den Familiennamen des Ehemannes, mit dem es in keiner Familiengemeinschaft steht, sondern den Geburtsnamen der Ehefrau, mit dem es nach dem in A 1 Gesagten seinen bisherigen Familiennamen verbinden darf.

3. Ist ein Kind von **beiden Ehegatten** oder von dem Ehegatten des leiblichen Elternteils angenommen, so erhält es gerade so wie ein eheliches Kind den Familiennamen des Ehemannes, nicht den Geburtsnamen der Frau. Diesen einmal erlangten Namen behält es nach § 1772 Satz 2 auch dann, wenn nach dem Tode des einen Ehegatten der Annahmevertrag aufgehoben wird. Die Tatsache, daß das angenommene Kind ein Kind des verstorbenen Ehegatten war, kann durch die spätere Aufhebung der Kindesannahme nicht ungeschehen gemacht werden.

§ 1759

Durch die Annahme an Kindes Statt wird ein Erbrecht für den Annehmenden nicht begründet[1]).

E I 1624 II 1644 M 4, 988 P 4, 732.

1. Durch § 1759 soll dem vorgebeugt werden, daß der Annehmende zu der Kindesannahme sich bestimmen läßt, weil er hofft, durch die **Beerbung des Kindes** einen Gewinn zu machen. Dagegen ist es dem Kinde nicht verwehrt, den Annehmenden durch Verfügung von Todes wegen aus freier Entschließung zu bedenken.

§ 1760

Der Annehmende hat über das Vermögen[1]) des Kindes, soweit es auf Grund der elterlichen Gewalt seiner Verwaltung unterliegt, auf seine Kosten ein Verzeichnis aufzunehmen und dem Vormundschaftsgericht einzureichen; er hat das Verzeichnis mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen. Ist das eingereichte Verzeichnis ungenügend, so findet die Vorschrift des § 1640 Abs. 2 Satz 1 Anwendung[2]).

Erfüllt der Annehmende die ihm nach Abs. 1 obliegende Verpflichtung nicht, so kann ihm das Vormundschaftsgericht die Vermögensverwaltung entziehen[2]). Die Entziehung kann jederzeit wieder aufgehoben werden.

E I 1623 Abs 1 II 1643 Abs 1 M 4, 985 P 4, 731; 5, 305.

1. Mit der elterlichen Gewalt erlangt der Annehmende auch die Verwaltung des Kindesvermögens, auf die er, da die Verwaltung sich nicht bloß als Recht, sondern zugleich als eine Pflicht darstellt, nicht verzichten kann. Gesteigert sind die Pflichten der Verwaltung insofern, als der Annehmende unbedingt, nicht bloß wie der Inhaber der elterlichen Gewalt in den besonderen Fällen der §§ 1640, 1667 Abs 2 und 1669, ein Vermögensverzeichnis und zwar auf seine Kosten aufzunehmen und mit der in § 1760 vorgeschriebenen Versicherung dem Vormundschaftsgericht einzureichen hat. Es soll hierdurch verhindert werden, daß er, weil es an einem Nachweise des übernommenen Vermögens fehlt, aus der Verwaltung einen unberechtigten Gewinn zieht. Zu verzeichnen ist das kraft elterlicher Gewalt von ihm zu verwaltende Vermögen und zwar auch das erst nach Eintritt der elterlichen Gewalt dem Kinde anfallende Vermögen. Die in § 1640 A 1 dargestellten Grundsätze über die Pflicht zur Verzeichnung des im Miteigentum usw. befindlichen Vermögens haben auch hier Anwendung zu finden. Abweichend von § 1640 sind auch die Haushaltsgegenstände, wenigstens die bedeutenderen, in das Verzeichnis aufzunehmen (bestr.). Der einer annehmenden Frau für die Vermögensangelegenheiten beigeordnete Beistand hat gemäß § 1692 bei der Aufnahme des Verzeichnisses mitzuwirken.

2. Um die Einreichung des Vermögensverzeichnisses zu **erzwingen**, kann das Vormundschaftsgericht dem Annehmenden die Vermögensverwaltung, nicht auch die Nutznießung, entziehen. Außerdem kann es zu diesem Zwecke, wie auch aus dem in § 1640 Abs 2 Satz 1 bezeichneten Grunde, daß es das eingereichte Verzeichnis für ungenügend erachtet, die Aufnahme eines öffentlichen Verzeichnisses anordnen (vgl. § 1640 A 3).

§ 1761

Will der Annehmende eine Ehe eingehen[1]), während er die elterliche Gewalt über das Kind hat, so finden die Vorschriften der §§ 1669 bis 1671 Anwendung.

E I 1623 Abs 3 II 1643 Abs 2 M 4, 986 P 4, 732; 6, 299.

1. Im Verhältnis zu dem angenommenen Kinde, das so behandelt wird, als wäre es aus einer Ehe hervorgegangen, ist es, wenn der **Annehmende sich nachträglich verheiratet**, so anzusehen, als wenn von dem leiblichen Elternteil eine neue Ehe eingegangen wird. Den Annehmenden trifft deshalb die in den §§ 1669—1671, 1314 geordnete Pflicht, vor Eingehung der Ehe das zu dieser Zeit vorhandene Kindesvermögen nachzuweisen und mit dem Kinde sich auseinanderzusetzen (vgl. § 1740). Die annehmende Frau verliert außerdem im Falle der Verheiratung gemäß § 1697 die elterliche Gewalt.

§ 1762

Die Wirkungen der Annahme an Kindes Statt erstrecken sich auf die Abkömmlinge des Kindes[1]). Auf einen zur Zeit des Vertragsabschlusses schon

vorhandenen Abkömmling und dessen später geborene Abkömmlinge erstrecken sich die Wirkungen nur, wenn der Vertrag auch mit dem schon vorhandenen Abkömmlinge geschlossen wird [2]).

E I 1620 Abs 1 II 1640 M 4, 978 P 4, 728; 6, 305.

1. Die Rechtsnatur der Kindesannahme als eines Vertragsverhältnisses zeigt sich namentlich darin, daß sie nur für die Vertragschließenden Wirkungen begründet. Eine Ausnahme hiervon ist darin nicht zu sehen, daß die **Wirkungen auch auf die Abkömmlinge des Kindes sich erstrecken,** die nach Abschließung des Vertrages (wenn schon vor der Bestätigung) geboren sind, da diese durch die Geburt in die von ihren Eltern geschaffene Rechtslage eintreten. Ihre Rechtsstellung ist derart abhängig von der ihrer Eltern, daß eine Vereinbarung, sie von den Wirkungen der Kindesannahme auszunehmen, keine Gültigkeit haben würde und daß auch eine Aufhebung der Kindesannahme nur gemeinschaftlich für sie und das angenommene Kind, nicht getrennt für den einen oder den andern erfolgen kann (§ 1768 Abs 2). Zu den Abkömmlingen im Sinne des § 1762 gehört auch das uneheliche Kind der Mutter, nicht aber das angenommene Kind, was für den Fall von Wichtigkeit ist, daß der Annehmende demnächst sich selbst an Kindes Statt annehmen läßt.

2. Die zur Zeit der Abschließung des Annahmevertrags **bereits geborenen Abkömmlinge** des Kindes werden durch die Kindesannahme nicht berührt, falls nicht der Vertrag auch mit ihnen geschlossen wird. Dies kann in der Weise geschehen, daß sie an dem Vertrage als Vertragschließende teilnehmen oder daß mit ihnen unter Einhaltung sämtlicher Erfordernisse eines neuen Annahmevertrages ein besonderer Vertrag geschlossen wird. Sie erlangen hierdurch die rechtliche Stellung eines Enkels (Urenkels) des Annehmenden mit der aus §§ 1759 und 1767 sich ergebenden Besonderheit, daß dem Annehmenden kein Erbrecht (Pflichtteilsrecht) gegen Abkömmlinge zusteht und daß auch das Erbrecht (Pflichtteilsrecht) der Abkömmlinge gegen den Annehmenden durch den Annahmevertrag ausgeschlossen werden kann. Wegen des Namensrechts vgl. § 1758 A 1 und 2. Nur insofern äußert die Kindesannahme auf alle Abkömmlinge des Kindes, auch diejenigen, welche an dem Vertrage nicht teilgenommen haben, ausnahmslos ihre Wirkung, als während der Dauer des Annahmevertrages die Ehe zwischen ihnen und dem Annehmenden nach § 1311 verboten ist.

§ 1763

Die Wirkungen der Annahme an Kindes Statt erstrecken sich nicht auf die Verwandten des Annehmenden. Der Ehegatte des Annehmenden wird nicht mit dem Kinde, der Ehegatte des Kindes wird nicht mit dem Annehmenden verschwägert [1]).

E I 1620 Abs 2 II 1641 M 4, 979 P 4, 728.

1. Nach dem bereits in § 1762 A 1 dargelegten Grundsatze gehen die Wirkungen der Kindesannahme über die Vertragschließenden nicht hinaus. Die **Verwandten des Annehmenden,** desgleichen der **Ehegatte** des Annehmenden oder des angenommenen Kindes werden demgemäß durch die Kindesannahme nicht berührt. Um so weniger kann, was in § 1763 nicht besonders hervorgehoben ist, zwischen den Ehegatten der Verwandten des Annehmenden und dem Kinde ein Schwägerschaftsverhältnis entstehen. Auf andere Personen als den Ehegatten des Annehmenden und die Abkömmlinge des Kindes (§§ 1749 Abs 1, 1757 Abs 2, 1762) können die Wirkungen der Kindesannahme auch nicht durch Vertrag erstreckt werden.

§ 1764

Die Rechte und Pflichten, die sich aus dem Verwandtschaftsverhältnisse zwischen dem Kinde und seinen Verwandten ergeben, werden durch die Annahme an Kindes Statt nicht berührt, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt [1]).

E I 1625 II 1645 M 4, 989 P 4, 733.

1. Das **Verwandtschaftsverhältnis des angenommenen Kindes zu seinen Verwandten** bleibt, da es nicht in die Familie des Annehmenden eintritt, unverändert bestehen, soweit nicht in §§ 1765, 1766, ferner in §§ 1306, 1776, 1777, 1899 Ausnahmen gemacht sind. Nach § 1306 hat an Stelle der leiblichen Eltern der Annehmende die Einwilligung zur Eheschließung des noch nicht 21 Jahre alten Kindes zu erteilen. Die leiblichen Eltern sind nach § 1777 nicht mehr berechtigt, einen Vormund zu benennen und sind nach § 1899 Abs 2 nicht mehr als Vormund des Volljährigen berufen. Der leibliche Großvater von väterlicher oder mütter-

licher Seite ist nach §§ 1776, 1899 nicht mehr als Vormund berufen. In allen diesen Fällen handelt es sich um Ausflüsse eines der elterlichen Gewalt nahestehenden Schutzrechts, das mit dieser für immer erlischt. Die angezogenen Bestimmungen kommen nicht zur Anwendung, wenn das Kind von dem Ehegatten des leiblichen Elternteils angenommen ist (§§ 1749 Abs 1, 1757 Abs 2), wodurch das Kindesverhältnis nur noch mehr befestigt wird, und hinsichtlich der Abkömmlinge (§§ 1776, 1899), wenn sich die Wirkungen der Kindesannahme auf sie nicht erstrecken. Über das Recht zum persönlichen Verkehr mit dem Kinde s. § 1765 A 2.

§ 1765

Mit der Annahme an Kindes Statt verlieren die leiblichen Eltern die elterliche Gewalt über das Kind, die uneheliche Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen[1])[2]).

Hat der Vater oder die Mutter dem Kinde Unterhalt zu gewähren, so treten das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, wieder ein, wenn die elterliche Gewalt des Annehmenden endigt oder wenn sie wegen Geschäftsunfähigkeit des Annehmenden oder nach § 1677 ruht. Das Recht zur Vertretung des Kindes tritt nicht wieder ein[1]).

E I 1626 II 1646 M 4, 990 P 4, 733 ff.

1. Mit der elterlichen Gewalt des Annehmenden würde es unvereinbar sein, wenn die **elterliche Gewalt der leiblichen Eltern** oder das **Fürsorgerecht der unehelichen Mutter** für die Person des Kindes (§ 1707) — sofern nicht die uneheliche Mutter oder der Ehegatte des leiblichen Elternteils (vgl. § 1764 A 1) das Kind angenommen hat — bestehen bliebe. Diese Rechte gehen ebenso wie die aus dem elterlichen Schutzverhältnis entspringenden Rechte (§ 1764 A 1) endgültig verloren. Sie werden auch durch eine Aufhebung des Annahmevertrages oder sonstige Beendigung der elterlichen Gewalt des Annehmenden nicht wiederhergestellt. Nur in dem Falle, daß der leibliche Vater oder die leibliche Mutter auf Gewährung des Unterhalts in Anspruch genommen wird, tritt das Recht der tatsächlichen Fürsorge, solange der Elternteil dem Kinde den Unterhalt gewährt, bei Beendigung oder während des Ruhens der elterlichen Gewalt des Annehmenden — abgesehen von dem Falle des § 1676 Abs 2, wo das Fürsorgerecht des Annehmenden fortdauert — wieder in Kraft (vgl. im übrigen § 1738 A 2). Lebt das Fürsorgerecht des Vaters wieder auf, so nimmt gemäß § 1635 an der Fürsorge auch die Mutter teil. Dagegen ist nicht anzunehmen, daß das Wiederaufleben der Fürsorge der Mutter auch dem Vater zugute kommt (a. M. Blume A 3).

2. Zweifelhaft ist, ob durch die Kindesannahme die leiblichen Eltern auch das Recht des **persönlichen Verkehrs** mit dem Kinde verlieren. Der Rechtsstellung der Eltern, die durch die Einwilligung in die Kindesannahme sich jedes persönlichen Einflusses auf das Kind begeben, dürfte es entsprechen, diese Frage zu bejahen (so **RG** 64, 47, s. dagegen Blume in SeuffBl 72, 95 ff. — vgl. über die Natur des Rechts § 1636 A 1). Das Vormundschaftsgericht ist indes, wie auch das **RG** in jenem Urteil anerkennt, berechtigt, aus § 1666 einzuschreiten, wenn etwa den leiblichen Eltern zum Nachteil des Kindes der persönliche Verkehr mit ihm ohne verständigen Grund in umfassender Weise abgeschnitten werden sollte.

§ 1766

Der Annehmende ist dem Kinde und denjenigen Abkömmlingen des Kindes, auf welche sich die Wirkungen der Annahme erstrecken, vor den leiblichen Verwandten des Kindes zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet[1])[2]).

Der Annehmende steht im Falle des § 1611 Abs. 2 den leiblichen Verwandten der aufsteigenden Linie gleich[1]).

E I 1627 II 1647 M 4, 991 P 4, 735.

1. Im Sinne des Annahmevertrages liegt es, daß der **Annehmende** den leiblichen Eltern und Voreltern die **Unterhaltspflicht** abnimmt. Wenn nun auch deren Unterhaltspflicht hierdurch nicht beseitigt werden kann, so tritt sie doch erst ein, wenn der Annehmende nicht leistungsfähig ist oder die Rechtsverfolgung gegen ihn erheblich erschwert ist (§§ 1603, 1607). Der Annehmende haftet vor den leiblichen Eltern und, wenn es sich um Abkömmlinge des Kindes handelt, vor den leiblichen Voreltern. Vor dem Annehmenden sind übrigens, woran durch § 1766 nichts geändert ist, der Ehegatte und die Abkömmlinge des Kindes unterhaltspflichtig (§§ 1606, 1608). — Was den Unterhaltsanspruch

anbetrifft, so sind der Annehmende und die leiblichen Eltern vollständig gleichgestellt. Auf diesen Unterhaltsanspruch findet auch § 1611 Abs 2 (Beschränkung des Anspruchs auf den notdürftigen Unterhalt) Anwendung, wobei der Annehmende, der nicht pflichtteilsberechtigt ist, den pflichtteilsberechtigten Eltern gleich behandelt wird.

2. Der **natürliche Vater** erfährt dadurch, daß sein uneheliches Kind von einem andern an Kindes Statt angenommen wird, weder Vorteil noch Nachteil. Seine Verpflichtung zur Zahlung einer Unterhaltsrente — die im wesentlichen den Charakter einer Schuld hat (§ 1708 A 2) — bleibt daher gerade so bestehen, als wenn die Kindesannahme nicht erfolgt wäre, und wird nicht etwa dahin geändert, daß vor dem natürlichen Vater der Annehmende den Unterhalt zu gewähren hätte (anders auf Grund M 4, 879 die herrschende Ansicht).

§ 1767

In dem Annahmevertrage kann die Nutznießung des Annehmenden an dem Vermögen des Kindes sowie das Erbrecht des Kindes dem Annehmenden gegenüber ausgeschlossen werden.

Im übrigen können die Wirkungen der Annahme an Kindes Statt in dem Annahmevertrage nicht geändert werden[1]).

E I 1628 II 1648 M 4, 993 P 4, 735.

1. Die durch die Kindesannahme kraft Gesetzes eintretenden **Wirkungen** können, was das persönliche Verhältnis betrifft, **durch Vertrag nicht geändert** werden. Nicht abänderlich ist auch das Recht und die Pflicht zur Verwaltung des Kindesvermögens (§ 1760 A 1). Die vermögensrechtlichen Wirkungen können dagegen insofern geändert werden, als in dem Annahmevertrage die Nutznießung des Annehmenden sowie das Erbrecht (Pflichtteilsrecht) des Kindes oder der Abkömmlinge des Kindes ganz oder teilweise ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Als zulässig ist es hiernach auch anzusehen, daß die dem Annehmenden als Nutznießer obliegenden Verpflichtungen erweitert und ihm besondere Verbindlichkeiten im Interesse der besseren Ausbildung oder Versorgung des Kindes auferlegt werden. Vereinbarungen vermögensrechtlicher Art können auch in besonderen Verträgen getroffen und durch Vertrag entsprechend den allgemeinen Grundsätzen wieder aufgehoben werden, wobei die Bestimmung des § 1804 über die Unzulässigkeit von Schenkungen, die dem Annehmenden von dem Pfleger des Kindes gemacht werden, praktisch wird. Unzulässig ist es, dem Annehmenden die Verpflichtung aufzuerlegen, daß er das Vermögen des Kindes dauernd in bestimmter Art angelegt läßt (KGJ 37 A 54). Über die Gültigkeit von Abmachungen zwischen dem Annehmenden und den Eltern des angenommenen Kindes s. § 1748 A 2.

§ 1768

Das durch die Annahme an Kindes Statt begründete Rechtsverhältnis kann wieder aufgehoben werden[1]). Die Aufhebung kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen[2]).

Die Aufhebung erfolgt durch Vertrag zwischen dem Annehmenden, dem Kinde und denjenigen Abkömmlingen des Kindes, auf welche sich die Wirkungen der Annahme erstrecken[1]).

Hat ein Ehepaar gemeinschaftlich ein Kind angenommen oder hat ein Ehegatte ein Kind des andern Ehegatten angenommen, so ist zu der Aufhebung die Mitwirkung beider Ehegatten erforderlich[1]).

E I 1629 Abs 1, 2, 4, 5 II 1649 M 4, 996 P 4, 737.

1. Der Grundsatz, daß **das durch die Kindesannahme geschaffene Rechtsverhältnis** dem natürlichen Kindesverhältnis nachgebildet sein soll, ist nicht soweit durchgeführt, daß die Kindesannahme nicht wieder **durch Vertrag** aufgehoben werden könnte. Erforderlich zu der Aufhebung ist, daß der Vertrag von sämtlichen Beteiligten, dem Annehmenden und dem angenommenen Kinde, den sämtlichen Abkömmlingen des Kindes, für die die Kindesannahme wirksam geworden ist (§ 1762), sowie dem leiblichen Elternteil, dessen Ehegatte das Kind angenommen hat (§ 1757 Abs 2), geschlossen wird. An dem Vertragsschluß haben auch diejenigen Abkömmlinge teilzunehmen, die erst nach Abschluß des Annahmevertrages (bis zum Abschluß des Aufhebungsvertrages) geboren sind, da sie das durch die Kindesannahme erlangte Recht ohne ihren Willen nicht wieder verlieren können. Der Vertrag ist unter gleichzeitiger Anwesenheit der sämtlichen Beteiligten vor Gericht oder Notar zu schließen (§§ 1770, 1750). Das Nichteinverständnis eines der Beteiligten hindert das Zustande-

kommen des Vertrages. Über die Einwirkung des Todes eines der Beteiligten s. § 1769 A 1 u. 2. Die Einwilligung der in den §§ 1746, 1747 bezeichneten Personen ist zu dem Aufhebungsvertrage nicht erforderlich (vgl. § 1747 A 3). Über die Notwendigkeit der Bestätigung s. § 1770 A 1.

2. Ebensowenig wie die Eingehung kann die Aufhebung der Kindesannahme **unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung** erfolgen. Eine solche zeitliche Begrenzung würde der Natur des Kindesverhältnisses widersprechen (vgl. § 1742 A 1).

§ 1769

Nach dem Tode des Kindes[1]) können die übrigen Beteiligten das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis durch Vertrag aufheben. Das Gleiche gilt in den Fällen des § 1757 Abs. 2 nach dem Tode eines der Ehegatten[2]).

E I 1629 Abs 3, 4 II 1650 M 4, 1001 P 4, 737.

1. Die Aufhebung der Kindesannahme kann nur einheitlich für das Kind und die sämtlichen Abkömmlinge erfolgen. **Der Tod des Kindes** hindert aber nicht, daß die übrigen Beteiligten (vgl. § 1768 A 1) mit Wirkung für die Abkömmlinge des Kindes die Aufhebung der Kindesannahme vereinbaren. Würde das für tot erklärte Kind bei Abschließung des Aufhebungsvertrages in Wirklichkeit noch am Leben sein, so würde dies die Ungültigkeit des Vertrages zur Folge haben.

2. Nach dem **Tode des Annehmenden** kann die Aufhebung der Kindesannahme nicht mehr vereinbart werden. Die Aufhebung wird aber, wenn ein Ehepaar gemeinschaftlich ein Kind angenommen hat (§ 1757 Abs 2, § 1749 Abs 1), nicht dadurch gehindert, daß einer der Ehegatten verstorben ist. Hat ein Ehegatte das Kind des andern Ehegatten an Kindes Statt angenommen, so ist der Tod des letzteren Ehegatten kein Hindernis der Aufhebung, während der Tod des Ehegatten, der das Kind angenommen hat, die Möglichkeit der Aufhebung ausschließt, da der überlebende Ehegatte von der Kindesannahme nicht mehr berührt wird.

§ 1770

Die für die Annahme an Kindes Statt geltenden Vorschriften des § 1741 Satz 2 und der §§ 1750, 1751, 1753 bis 1755[1]) gelten auch für die Aufhebung.

E I 1629 Abs 5 II 1651, 1652 M 4, 999 P 4, 737.

1. Für den **Aufhebungsvertrag** gelten hinsichtlich der Form des Vertrages (§ 1750 Abs 2), der Vertretbarkeit (§§ 1750 Abs 1, 1751), der Anfechtbarkeit (§ 1755) und hinsichtlich der Bestätigung durch Gerichtsbeschluß (§§ 1741 Satz 2, 1753, 1754) die **gleichen Vorschriften wie für den Annahmevertrag**. Auch hinsichtlich des Beginnes der Wirksamkeit der Bestätigung (§ 67 FGG — vgl. § 1754 A 1). Wird der Annahmevertrag nach dem Tode des Kindes aufgehoben und die Bestätigung nach dem Tode des Annehmenden erteilt (§§ 1769 Satz 1, 1753 Abs 2), so tritt sie nach § 67 Abs 2 FGG mit der Bekanntmachung an die sämtlichen übrigen Beteiligten in Wirksamkeit. Mit diesem Zeitpunkt hören die Wirkungen der Kindesannahme für die Zukunft auf, während die bis dahin eingetretenen Wirkungen bestehen bleiben.

§ 1771

Schließen Personen, die durch Annahme an Kindes Statt verbunden sind, der Vorschrift des § 1311 zuwider eine Ehe, so tritt mit der Eheschließung die Aufhebung des durch die Annahme zwischen ihnen begründeten Rechtsverhältnisses ein[1]).

Ist die Ehe nichtig, so wird, wenn dem einen Ehegatten die elterliche Gewalt über den andern zusteht, diese mit der Eheschließung verwirkt. Die Verwirkung tritt nicht ein, wenn die Nichtigkeit der Ehe auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist[2]).

E I 1631 II 1653 M 4, 1001 P 4, 740.

1. Die **Eheschließung zwischen dem Annehmenden und dem angenommenen Kinde oder dessen Abkömmlingen** ist, da mit dem Kindesverhältnis ein eheliches Verhältnis unvereinbar ist, nach § 1311 verboten. Kommt es trotz dieses Verbotes, das nur ein aufschiebendes Ehehindernis bildet, zur Eheschließung, so muß das Kindesverhältnis, das nur künstlicher Art ist, hinter dem ehelichen zurücktreten. Das Kindesverhältnis wird in dem Zeitpunkt der Eheschließung zwischen den Ehegatten — nicht zwischen dem Annehmenden und den übrigen Personen — kraft Gesetzes gelöst.

2. Die zu 1 bezeichnete Folge tritt jedoch nicht ein, wenn die Ehe wegen mangelnder Eheschließungsform und mangelnder Eintragung in das Heiratsregister äußerlich überhaupt nicht als Ehe erscheint (**Nichtehe** oder schlechthin nichtige Ehe). Sie greift auch dann nicht Platz, wenn die Ehe **nichtig** oder anfechtbar ist. Der Annehmende wird in diesem Falle — ohne Rücksicht darauf, ob die Ehe für nichtig erklärt wird oder nicht — nur damit bestraft, daß er mit der Eheschließung die elterliche Gewalt und, wie hinzuzufügen ist, die Rechte aus dem elterlichen Schutzverhältnis (vgl. § 1764 A 1) verliert, während die übrigen dem Kinde günstigen Wirkungen der Kindesannahme bestehen bleiben.

§ 1772

Mit der Aufhebung der Annahme an Kindes Statt verlieren das Kind und diejenigen Abkömmlinge des Kindes, auf welche sich die Aufhebung erstreckt, das Recht, den Familiennamen des Annehmenden zu führen. Diese Vorschrift findet in den Fällen des § 1757 Abs. 2 keine Anwendung, wenn die Aufhebung nach dem Tode eines der Ehegatten erfolgt[1]).

E II 1654 P 4, 740.

1. Das durch die Annahme an Kindes Statt erlangte Recht, den **Familiennamen** des Annehmenden zu führen (§ 1758), **hört wieder auf** mit dem Zeitpunkte, wo die Bestätigung des Aufhebungsvertrages in Wirksamkeit tritt (s. § 1770 A 1), sowie mit der gesetzlichen Beendigung der Kindesannahme (§ 1771). Hat der Annehmende die elterliche Gewalt verwirkt, so hat dies, da die Namensgemeinschaft nicht auf der elterlichen Gewalt, sondern dem Verwandtschaftsverhältnisse beruht, das Erlöschen des Namensrechts nicht zur Folge. Über das Recht des gemeinschaftlichen Kindes (§ 1757 Abs 2) zur Fortführung des Familiennamens, auch wenn nach dem Tode des einen der Ehegatten die Kindesannahme aufgehoben wird, s. § 1758 A 3.

Dritter Abschnitt

Vormundschaft

1. Die Vormundschaftsverwaltung gehört ihrem Wesen nach dem Gebiete der **Wohlfahrtsverwaltung** an. Diese verwaltende Tätigkeit, die von der sonst den Gerichten obliegenden Tätigkeit der Rechtspflege (Rechtsprechung und Beurkundung) grundsätzlich verschieden ist, ist den Gerichten übertragen, weil es sich hierbei, wennschon die staatliche Fürsorge im öffentlichen Interesse ihren Ausgangspunkt hat, um Wahrnehmung privater Angelegenheiten handelt. Der verwaltenden Tätigkeit entspricht es, daß die Vormundschaftsgerichte ihre Tätigkeit von Amts wegen ausüben. Das Wohl des Schutzbedürftigen muß (innerhalb der gesetzlichen Schranken) ihr höchstes Ziel sein. Demgemäß sind die gesetzlichen Bestimmungen so gestaltet, daß aus Rücksicht auf das Wohl des Mündels (Pfleglings) vielfach Ausnahmen von der sonst geltenden Regel zugelassen werden. Das Vormundschaftsgericht kann dem Vormunde eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Anlegung des Geldes gestatten (§ 1811; vgl. auch § 1825), es kann ihn von der Hinterlegungs- und Sperrpflicht befreien (§ 1817), unter Umständen die Hinterlegungspflicht erweitern (§ 1818). Der als Vormund Berufene kann, wenn seine Bestellung das Interesse des Mündels gefährden würde, übergangen werden (§ 1778 Abs 1, vgl. §§ 1861, 1897). Ebenso können die von dem Vater oder der Mutter des Mündels angeordneten Befreiungen bei Gefährdung der Interessen des Mündels außer Kraft gesetzt werden (§§ 1857, 1903). Aus gleichem Grunde kann das Vormundschaftsgericht eine Abweichung von den Verwaltungsanordnungen des Zuwenders, der selbst seine Zustimmung nicht geben kann, gestatten (§ 1803).

2. Die Vormundschaft ist dazu bestimmt, den **familienrechtlichen Schutz** zu ergänzen. Sie greift daher nur insoweit Platz, als dieser Schutz versagt. Der Vater und in zweiter Linie die eheliche Mutter des Minderjährigen (nicht des Volljährigen) ist beim Besitze vollen Vertretungsrechts befugt, letztwillig eine bestimmte Person als Vormund zu benennen oder von der Vormundschaft auszuschließen (§§ 1776—78, 1782, 1797 Abs 3). Sie können diesen Vormund von bestimmten Beschränkungen befreien (§§ 1852—57) und sind als Vormund des volljährigen Kindes — worauf sie nach § 1899 ein Anrecht haben — von diesen Beschränkungen der Regel nach selbst befreit (§ 1903 und betreffs der Mutter die etwas abweichende Bestimmung des § 1904). Der väterliche und der mütterliche Großvater sind als Vormund berufen (§§ 1776, 1899). Das Vormundschaftsgericht soll ferner bei einer wichtigen Angelegenheit oder auf Antrag des Vormundes oder Gegenvormundes vor seiner Entscheidung, um

mit den Anschauungen der Familie in Fühlung zu bleiben, Verwandte und Verschwägerte des Mündels hören (§ 1847). Den Verwandten und Verschwägerten ist endlich in der Form des Familienrats eine Beteiligung an den Geschäften des Vormundschaftsgerichts zugestanden (§§ 1858 ff., insbesondere § 1867) und zwar muß auf Antrag des Vaters oder der ehelichen Mutter des Minderjährigen ein Familienrat gebildet werden, wenn die erforderliche Anzahl geeigneter Personen vorhanden ist (§ 1858).

3. Die vormundschaftliche Fürsorge wird nach den Grundsätzen der **Selbstverwaltung** in der Weise gehandhabt, daß dem Vormund (Pfleger) die Verwaltung der Angelegenheiten des Schutzbedürftigen übertragen ist, während das Vormundschaftsgericht, das hierbei von dem Gegenvormunde und dem Gemeindewaisenrat unterstützt wird, die Aufsicht über die Verwaltung führt. Diese Trennung der Gewalten ist aber nicht derart durchgeführt, daß der Mündel (Pflegling) schutzlos gelassen wird. Das Vormundschaftsgericht hat gegen eine jede Pflichtwidrigkeit des Vormundes einzuschreiten, auch wenn es sich nicht um Verletzung einer durch Gesetz oder Verwaltungsanordnung des Dritten (§ 1803) besonders bestimmten Verpflichtung handelt (§ 1837). Es kann den Vormund schon wegen Gefährdung des Interesses des Mündels entlassen (§ 1886) und bei Vertrauensunwürdigkeit von ihm Sicherheitsleistung fordern (§ 1844). Eine weitere Machtbefugnis ist dem Vormundschaftsgericht zum Schutze der Person des Mündels dadurch eingeräumt, daß es gegen den Willen des Vormundes die Unterbringung des Mündels anordnen kann (§ 1838). Bei wichtigeren Rechtsgeschäften findet ein Zusammenwirken des Vormundes und Vormundschaftsgerichts insofern statt, als ersterer der Genehmigung (Ermächtigung) des Vormundschaftsgerichts bedarf (s. namentlich §§ 1821, 1822). Das Vormundschaftsgericht hat endlich, worin ein Eingriff in die Selbstverwaltung des Vormundes nicht liegt, bei Meinungsverschiedenheit der Mitvormünder den Streit zu entscheiden (§ 1797 Abs 1) und an Stelle des Vormundes, wenn dieser nicht vorhanden oder verhindert ist (§ 1846), im Notfalle einzutreten.

4. a) Für die Verrichtungen des **Vormundschaftsgerichts** sind vorbehaltlich anderweiter landesgesetzlicher Regelung (Art 147 EG) die Amtsgerichte zuständig. Von jenem Vorbehalt ist Gebrauch gemacht in Hamburg, in den beiden Mecklenburgischen Staaten und in Württemberg.

b) Die örtliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts bestimmt sich gemäß §§ 35 ff. FGG im allgemeinen nach dem inländischen Wohnsitze oder, wenn solcher nicht zu ermitteln ist, dem Aufenthalt des Schutzbedürftigen zu der Zeit, wo die Anordnung der Vormundschaft nötig geworden ist, soweit nicht bereits ein anderes Vormundschaftsgericht mit der Hauptangelegenheit befaßt ist. Ist ein Pfleger für unbekannte Beteiligte oder für einen nicht im Inlande befindlichen Ausländer zu bestellen oder hat das Vormundschaftsgericht nach § 1846 einzugreifen, so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge hervortritt (§§ 41, 37 Abs 2, 44 FGG). Zum Schutze des nicht im Inlande befindlichen Deutschen ist das Gericht des letzten Wohnsitzes, nötigenfalls das von der Landesjustizverwaltung des Heimatsstaates oder dem Reichskanzler zu bestimmende Gericht für zuständig erklärt (§ 36 Abs 2 das.). Die Gültigkeit der von dem Vormundschaftsgericht vorgenommenen Handlungen wird durch die örtliche Unzuständigkeit nicht beeinträchtigt (§ 7 das.). Die Einlegung der Beschwerde führt nicht zur Aufhebung der Anordnung, sondern nur zur Abgabe der Vormundschaft an das zuständige Gericht (RJA 6, 85 — anders das. 9, 73). Aus wichtigen Gründen, wie z. B. behufs besserer Beaufsichtigung des Mündels, kann die Vormundschaft, auch wenn sie noch nicht angeordnet ist, an ein anderes Gericht abgegeben werden (§ 46; vgl. über das im Streitfalle entscheidende Gericht §§ 46 Abs 2 in der Fassung des G. vom 22. 5. 10, 199 FGG). Die Vormundschaftsgerichte haben sich gegenseitig gemäß § 2 FGG und zwar die Gerichte auch den andern Vormundschaftsbehörden (§ 194 Abs 4 das.) Rechtshilfe zu leisten. Das Vormundschaftsgericht kann in dem gleichen Umfange, in dem es selbst, wenn auch nur in Unterstützung des Vormundes, eine eigene vormundschaftsrichterliche Tätigkeit ausüben könnte, die Rechtshilfe auswärtiger Gerichte in Anspruch nehmen, und kann deshalb das Ersuchen stellen, eine bestimmte Person über die Anerkennung der Vaterschaft zu dem unehelichen Kinde und die Unterhaltsverbindlichkeit zu hören und eine öffentliche Anerkennungsurkunde aufzunehmen (**RG** 67, 417; 11. 11. 07 IV B 386/07; 7. 2. 10 IV B 43/10 — die gegenteilige Ansicht in **RG** 57, 396 ist aufgegeben). Das ersuchte Gericht kann jedoch nicht zu einer Tätigkeit angehalten werden, deren Vornahme nicht zu seiner sachlichen Zuständigkeit gehört (**RG** 71, 303).

c) Zur Einlegung der Beschwerde ist jeder befugt, in dessen Rechte durch die Verfügung des Vormundschaftsgerichts eingegriffen wird (§§ 20, 60 Abs 1 Nr 1 bis 5). Ist der Mündel (oder das in elterlicher Gewalt befindliche Kind) durch die Verfügung in seinem Rechte beeinträchtigt, so ist für ihn der gesetzliche Vertreter beschwerdeberechtigt. Über das Beschwerderecht des Mündels s. § 1827 A 2, über das des Gegenvormundes § 1799 A 1. Über **besondere Fälle des Beschwerderechts vgl. § 1634 A 1, § 1666 A 1, § 1687 A 1, § 1774 A 3,**

§ 1778 A 1, § 1779 A 2, § 1785 A 1, § 1821 A 2, § 1837 A 2, § 1886 A 3. Die weitere Beschwerde (§§ 27—29 FGG) ist nur wegen Gesetzesverletzung zulässig. Das Vormundschaftsgericht selbst ist zur Einlegung der weiteren Beschwerde nicht berechtigt, es kann nicht etwa einen Pfleger zur Einlegung der Beschwerde bestellen, um auf diesem Wege seine von dem Beschwerdegericht abweichende Ansicht zur Geltung zu bringen. Zu einer Abänderung der von ihm erlassenen Verfügung, die nicht der sofortigen Beschwerde unterliegt (§§ 18 Abs 2, 22, 60), ist das Vormundschaftsgericht befugt, sofern nicht durch die Verfügung bereits das Recht eines Dritten begründet ist, was z. B. der Fall ist, wenn der Vormund die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung oder die Verweigerung der Genehmigung dem Dritten mitgeteilt hat (§ 55 FGG, § 1829 Abs 1). Die gleichen Schranken gelten auch für die Abänderlichkeit der Verfügung durch das Beschwerdegericht (§ 62 FGG). Über das Verfahren in Vormundschaftssachen s. Vorbem 4 vor § 1616.

5. Die **Zwangsvollstreckungsgewalt des Vormundschaftsgerichts** bestimmt sich nach Landesrecht. Reichsrechtlich ist in § 33 FGG nur das eine vorgeschrieben, daß bei Verhängung von Ordnungsstrafen die einzelne Strafe den Betrag von 300 ℳ nicht übersteigen darf und der Festsetzung der Strafe eine Androhung vorhergehen muß. Diese Vorschrift wird ergänzt durch die landesgesetzlichen Bestimmungen, wonach das Vormundschaftsgericht zur Verhängung von Ordnungsstrafen und zur Anwendung unmittelbaren Zwanges befugt ist. Erfolgt nach diesen Bestimmungen die Einziehung der Ordnungsstrafen im Verwaltungszwangsverfahren, so können die Rechtshilfebestimmungen des § 160 GVG, da das ersuchende Gericht als Justizverwaltungsbehörde tätig wird, keine Anwendung finden. Über eine Weigerung des ersuchten Gerichts hat demgemäß nur die landesrechtlich bestimmte Behörde zu befinden (KG in DJZ 07, 540).

6. **Räumlicher Geltungsbereich.** Für die im Inland geübte vormundschaftliche Verwaltung, die Rechte des Vormundes, Vormundschaftsgerichts usw. ist, ohne Unterschied, ob die Vormundschaft einen Inländer oder Ausländer betrifft, das inländische Recht maßgebend (vgl. Art 23 EG). Nur für die Frage, ob die eine vormundschaftliche Fürsorge bedingende Schutzbedürftigkeit des Ausländers anzuerkennen ist, kommt es, sofern dieser nicht im Inlande (vgl. Art 8 EG) entmündigt ist, auf das Recht des Heimatsstaates an. Umgekehrt ist, wenn gemäß § 47 FGG die Bevormundung eines im Auslande befindlichen, nach inländischem Recht schutzbedürftigen Deutschen dem ausländischen Staate überlassen wird, damit die Geltung des ausländischen Rechts zugestanden. In dem Haager Abkommen über das internationale Privatrecht, und zwar in dem Abkommen zur Regelung der Vormundschaft vom 12. 6. 02 (RGBl 04, 240) — Vertragsstaaten: Deutschland, Belgien, Frankreich, Luxemburg, Niederlande, Rumänien, Schweden, Spanien, Italien, Schweiz und Portugal — ist betreffs der Minderjährigen, die Angehörige eines der Vertragsstaaten sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem dieser Staaten haben, das Vormundschaftsrecht des Heimatstaats (Art 1) und, falls dieser eine Vormundschaft nicht anordnet, das des Aufenthaltsstaats (Art 3) für maßgebend erklärt. Hinsichtlich der Gründe für Beginn und Beendigung der Vormundschaft ist indes stets das Recht des Heimatstaats maßgebend (Art 5). Vor Übernahme der Vormundschaft über den Ausländer sollen die Behörden der beiden Staaten sich verständigen (Art 8). Der vormundschaftlichen Verwaltung unterliegen auch die ausländischen Grundstücke, falls nicht für diese eine besondere Güterordnung (Familienfideikommiß, Lehen usw.) besteht (Art 6). Die Ausübung der vormundschaftlichen Fürsorge durch den diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Heimatsstaates ist nur mit Duldung des Aufenthaltsstaats zulässig (Art 2). Solange eine Vormundschaft nicht angeordnet ist, sowie in dringenden Fällen können zum Schutze des im Auslande befindlichen Minderjährigen die zuständigen Ortsbehörden (worunter nach deutschem Recht die Vormundschaftsbehörde zu verstehen ist) die erforderlichen Maßregeln ergreifen (Art 7). Nach dem Recht des Heimatsstaats, wenn dieses nach Art 1 des Haager Abkommens zur Anwendung kommt, ist insbesondere der Umfang der Befugnisse des Vormundes, auch der Anspruch auf Herausgabe des Mündels zu beurteilen (RG 12. 12. 07 IV 179/07). Besondere Bestimmungen über die vormundschaftliche Behandlung von Ausländern sind enthalten in den Verträgen mit Griechenland vom 26. 11. 81 Art 22 Abs 4, mit Brasilien vom 10. 1. 82 Art 21, mit den mittelamerikanischen Staaten vom 20. 9. 87 Art 25, 12. 12. 87 Art 25, 13. 6. 90 Art 27, 4. 2. 96 Art 25, in dem Konsularvertrage mit Serbien v. 6. 1. 83 Art 18 Abs 4 und mit Japan v. 4. 4. 96 Art 13. In diesen Verträgen sind den beiderseitigen Konsuln vormundschaftliche Verrichtungen zugewiesen.

7. **Übergangsvorschriften.** Seit Inkrafttreten des BGB gilt nach Art 210 EG auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts ausschließlich das neue Recht. Nur nach diesem bestimmt sich (abgesehen von der jetzt bedeutungslosen Übergangsvorschrift des Art 211), ob und inwieweit eine Vormundschaft, Gegenvormundschaft oder Pflegschaft zulässig ist und ebenso richten sich die Befugnisse des Vormundes usw. nach neuem Recht. Für eine geschäftsfähige Person, die durch letztwillige Anordnung in der Verfügung über das ihr zugewendete Vermögen beschränkt ist, ist nach BGB eine Pflegschaft nicht mehr zugelassen. Eine derartige Anordnung kann nur insofern aufrecht erhalten werden, als darin die Er-

nennung eines Testamentsvollstreckers zu finden ist (KGJ 20 A 21). Auch die nach früherem Recht einem Vormunde gewährten Befreiungen und die Verwaltungsanordnungen eines Dritten bleiben nur insoweit in Kraft, als ihre Zulässigkeit nach BGB anerkannt ist (KGJ 20 A 220). Die Neuanlegung von Mündelgeld hat seit dem 1. 1. 00 nach den Vorschriften des BGB zu erfolgen, soweit nicht neben diesen Vorschriften die landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft geblieben sind (Art 212). Hinsichtlich der unter früherem Recht eingetretenen Vorbedingungen der Vormundschaft bleibt jedoch dieses Recht maßgebend. Die Frage, ob jemand noch minderjährig ist oder bereits die Volljährigkeit erlangt hat, ob er entmündigt ist, bleibt, wenn das betreffende Ereignis in die Zeit vor dem 1. 1. 00 fällt, gemäß Art 153 bis 156 EG (eine Beschränkung enthält Art 154) nach früherem Recht zu entscheiden.

8. **Sachlicher Geltungsbereich.** Die Vorschriften des BGB kommen nicht zur Anwendung für die Tätigkeit der auf Grund des Pr G v. 15. 2. 40 über Familienschlüsse bestellten Vormünder (Art 59 EG). Hinsichtlich der landesherrlichen Familien und des hohen Adels sind die Hausverfassungen und Landesgesetze maßgebend geblieben (Arit 57 und 58 EG).

Erster Titel

Vormundschaft über Minderjährige

I. Anordnung der Vormundschaft

§ 1773

Ein Minderjähriger[1]) erhält einen Vormund, wenn er nicht unter elterlicher Gewalt steht oder wenn die Eltern weder in den die Person noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt sind[2]).

Ein Minderjähriger erhält einen Vormund auch dann, wenn sein Familienstand nicht zu ermitteln ist[3])[4]).

E I 1633, II 1665 M 4, 1044 und 1046 P 4, 742.

1. Der **Minderjährige** erhält einen Vormund wegen der durch die Minderjährigkeit bedingten Schutzbedürftigkeit. Die Altersvormundschaft hört deshalb auf mit der Volljährigkeit oder Volljährigkeitserklärung des Mündels (s. über den letzteren Zeitpunkt § 1882 A 1). Ein Unterschied, ob der Minderjährige ein Deutscher oder ein **Ausländer** ist, wird in § 1773 nicht gemacht. Hier greift jedoch die Bestimmung des Art 23 EG ein, wonach die vormundschaftliche Fürsorge für den Ausländer davon abhängig ist, daß der Heimatsstaat — worüber das Vormundschaftsgericht von Amts wegen sich zu vergewissern hat, RJA 4, 78 — nicht die Fürsorge übernimmt (vgl. Vorbem 6 vor § 1773). Das deutsche Vormundschaftsgericht kann in diesem Falle nach seinem Ermessen eine Vormundschaft oder Pflegschaft anordnen. Es kann sich auch darauf beschränken, vorläufige Maßregeln zu treffen (Art 23 Abs 2). Desgleichen können nach Art 7 Haag VormundschAbk in dringenden Fällen auch ohne vorherige Verständigung der Heimatsbehörde die erforderlichen Maßregeln ergriffen werden. Nach den in den Niederlanden, Belgien, Frankreich, Italien und Luxemburg geltenden Gesetzen erlangt übrigens das im Auslande geborene uneheliche Kind die Staatsangehörigkeit der diesen Staaten angehörenden Mutter erst durch eine von ihr in öffentlicher Urkunde erklärte Anerkennung (vgl. Vfg des Pr. JM v. 30. 9. 03 und 16. 9. 06).

2. Der Bevormundung bedarf es nur, wenn das Kind überhaupt **nicht unter elterliche Gewalt** fällt (wie bei unehelichen Kindern, Kindern aus einer Nichtehe oder aus einer für nichtig erklärten oder aufgelösten Ehe, deren Nichtigkeit den Eltern bekannt war, §§ 1699 ff.), oder wenn die elterliche Gewalt fortgefallen ist oder ruht, ohne daß die elterliche Gewalt oder ihre Ausübung auf die Mutter übergegangen ist (vgl. §§ 1684, 1685). Zur Bevormundung führt es auch, wenn dem Inhaber der elterlichen Gewalt die einzelnen zu ihr gehörigen Bestandteile in dem Umfange entzogen sind, daß ihm das Vertretungsrecht weder in den die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten noch in den Vermögensangelegenheiten belassen ist (vgl. Vorbem 1 vor § 1616 und § 1627 A 1).

3. Dem Falle, daß der Minderjährige sich nicht in elterlicher Gewalt befindet, steht es gleich, wenn sein **Familienstand nicht zu ermitteln** ist, somit ungewiß bleibt, ob er unter elterlicher Gewalt steht. Dies wird besonders bei Findelkindern vorkommen, die übrigens nicht schon deshalb, weil ihre Staatsangehörigkeit nicht festzustellen ist, als deutsche Staatsangehörige behandelt werden dürfen.

4. Von dem in § 1773 ausgesprochenen Bestellungsgrundsatz (vgl. auch §§ 1789, 1897, 1915) ist in Art 136 EG eine Ausnahme gemacht durch Zulassung der **Anstaltsvormundschaft** und der **Berufsvormundschaft** (Generalvormundschaft). Das Landesrecht kann bestimmen, daß der Vorstand einer unter staatlicher Verwaltung oder Aufsicht

stehenden, für die Erziehung oder Verpflegung von Minderjährigen bestimmten Anstalt oder ein Beamter, der nicht gerade ein Beamter dieser Anstalt zu sein braucht, kraft Gesetzes Vormund der Minderjährigen wird, die in diese Anstalt oder eine von dem Vorstand oder Beamten ausgewählte Familie oder andere Anstalt untergebracht sind oder untergebracht waren und daß er auch diejenigen unehelichen Minderjährigen bevormundet, die der mütterlichen Familie unter Aufsicht des Vorstandes oder Beamten belassen sind, vorausgesetzt, daß das Vormundschaftsgericht nicht einen andern Vormund bestellt. Von diesem Vorbehalt haben die meisten Bundesstaaten Gebrauch gemacht. Die Anstaltsvormundschaft ist meist beschränkt auf die unter Verwaltung des Staates oder einer Gemeinde stehenden Anstalten. Unter die Berufsvormundschaft fallen meist nur die Minderjährigen, die Armenunterstützung erhalten. Als Anstaltsvorstand ist nicht der gesetzliche Vertreter, sondern der erzieherische Leiter der Anstalt anzusehen (RJA 7, 10). Bestellt das Amtsgericht einen besonderen Vormund, so kann sowohl von dem Generalvormunde als der ihm vorgesetzten Gemeindebehörde sofortige Beschwerde gemäß § 60 Abs 1 Nr 3 FGG erhoben werden (KGJ 36 A 35).

§ 1774

Das Vormundschaftsgericht hat die Vormundschaft von Amts wegen[1]) anzuordnen[2])[3]).

E I 1634 II 1656 M 4, 1034 und 1047 P 4, 743.

1. Aus der Fürsorgepflicht des Vormundschaftsgerichts ergibt sich, daß es sowohl bei Anordnung der Vormundschaft als bei der sonst ihm zugewiesenen Tätigkeit **von Amts wegen** zu verfahren hat. Vor Anordnung der Vormundschaft hat das Vormundschaftsgericht zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Bevormundung gegeben sind, zu welchem Zwecke nötigenfalls Erhebungen durch Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (§ 15 FGG) zu veranstalten sind. Eine solche Beweiserhebung kann namentlich nötig werden bei der von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung, ob ein Kind, dessen Vater vor Ablauf der Anfechtungsfrist verstorben ist (§ 1593), als unehelich anzusehen ist (RJA 4, 82). Um dem Vormundschaftsgericht Kenntnis von dem Bevormundungsfalle zu verschaffen, ist den Behörden und den sonst Beteiligten in weitem Umfange die Pflicht auferlegt, dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen. Anzeigepflicht des Standesbeamten nach § 48 FGG, der Gerichte, insbesondere des Nachlaßgerichts nach § 50 FGG, §§ 657, 660, 674, 678, 679 Abs 4, 683 Abs 2, 686 Abs 4 ZPO, des Gemeindewaisenrats nach § 49 FGG, des Gewalthabers, Vormundes und Gegenvormundes nach §§ 1894 Abs 2, 1895, 1909 Abs 2, der Erben des Vormundes, Gegenvormundes oder Pflegers nach §§ 1894 Abs 1, 1895, 1915.

2. Auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts gilt allgemein der Grundsatz, daß die **einmal angeordnete Vormundschaft** (Pflegschaft), was das Vertretungsrecht und die Geschäftsführungsbefugnis betrifft, **solange wirksam** bleibt, **bis** die Vormundschaft **wieder aufgehoben** ist (vgl. § 32 FGG). Diese rechtsbegründende Wirkung greift nicht nur dann Platz, wenn es sich bei der Anordnung der Vormundschaft um Fragen handelt, die von dem Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu entscheiden sind. Sie gilt selbst in dem Falle, daß mehrere Vormundschaften oder Pflegschaften über dieselbe Person eingeleitet sein sollten. Über die Gültigkeit der Bestellung des Vormundes oder Pflegers hat ausschließlich das Vormundschaftsgericht zu entscheiden, ohne daß diese Entscheidung von dem Prozeßgericht nachgeprüft werden kann (**RG** JW 03 Beil 64 Nr 147, ebenso für das frühere Recht **RG** 33, 414). Dagegen hat die Anordnung der Vormundschaft auf die Geschäftsfähigkeit und Prozeßfähigkeit des zu Unrecht Bevormundeten keinen Einfluß. Die von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen bleiben, soweit sie nicht etwa mit den Rechtshandlungen des Vormundes in Widerspruch stehen, rechtswirksam.

3. Wird die Anordnung der Vormundschaft abgelehnt, so steht — abgesehen von dem Falle der vorläufigen Vormundschaft (§ 1906) — nach § 57 Abs 1 Nr 1 FGG jedem, der ein eigenes rechtliches Interesse an der Bevormundung hat, das z. B. durch das Interesse an Vornahme eines Rechtsgeschäfts begründet sein kann, sowie dem Ehegatten, den Verwandten und Verschwägerten des Mündels im Familieninteresse die **Beschwerde** zu. Wird die Vormundschaft angeordnet, so kann nach dem allgemeinen Grundsatz des § 20 Abs 1 FGG jeder, dessen Recht durch die Anordnung beeinträchtigt wird, insbesondere der Mündel (vgl. Vorbem 4 c vor § 1773) Beschwerde führen. — Von der Anordnung der Vormundschaft ist die Bestellung des Vormundes zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist jedoch ohne Bedeutung für den Fall des § 46 FGG. Auch eine noch nicht angeordnete Vormundschaft kann an ein anderes Gericht abgegeben werden.

§ 1775

Das Vormundschaftsgericht soll, sofern nicht besondere Gründe für die Bestellung mehrerer Vormünder vorliegen, für den Mündel[1]) und, wenn

mehrere Geschwister zu bevormunden sind, für alle Mündel[2]) nur einen Vormund bestellen.

E I 1638 Abs 2 II 1660 Abs 2 M 4, 1031 und 1062 P 4, 749.

1. Die **Bestellung eines Mitvormundes** ist damit als Ausnahme hingestellt. Sie kann durch den Umfang der Verwaltung, die Verschiedenartigkeit der Geschäftszweige, die Notwendigkeit, für einen besonderen Geschäftszweig einen Sachverständigen als Vormund zu gewinnen, durch das Vorhandensein von Mündelvermögen in weit entlegenen Gegenden usw. gerechtfertigt sein, worüber das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu befinden hat. Von dem Vater oder der Mutter des Mündels (§ 1777) können in dieser Beziehung keine bindenden Anordnungen getroffen werden. Die Bestellung eines Mitvormundes ist auch zulässig, nachdem bereits die gesamte Verwaltung einem Vormunde übertragen war. Wegen der Teilung der Geschäfte unter mehrere Vormünder s. § 1797.

2. **Mehrere Geschwister** (wozu auch mehrere uneheliche Kinder derselben Mutter gehören, die als Halbgeschwister anzusehen sind) sollen, wenn nicht besondere Gründe eine Ausnahme angezeigt erscheinen lassen, im Interesse der Einheitlichkeit der Verwaltung nur einen Vormund und ein Vormundschaftsgericht haben. Um letzteres zu ermöglichen, ist für den Fall, daß mehrere in verschiedenen Vormundschaftsbezirken befindliche Geschwister zu bevormunden sind, in § 36 Abs 1 FGG eine besondere Bestimmung über die Zuständigkeit gegeben.

§ 1776

[1])Als Vormünder sind in nachstehender Reihenfolge berufen:

1. wer von dem Vater des Mündels als Vormund benannt ist;

2. wer von der ehelichen Mutter des Mündels als Vormund benannt ist[2]);

3. der Großvater des Mündels von väterlicher Seite;

4. der Großvater des Mündels von mütterlicher Seite.

Die Großväter sind nicht berufen, wenn der Mündel von einem andern als dem Ehegatten seines Vaters oder seiner Mutter an Kindes Statt angenommen ist. Das Gleiche gilt, wenn derjenige, von welchem der Mündel abstammt, von einem andern als dem Ehegatten seines Vaters oder seiner Mutter an Kindesstatt angenommen ist und die Wirkungen der Annahme sich auf den Mündel erstrecken[3]).

E I 1635 II 1657 M 4, 1047 P 4, 745.

1. Die **Berufung der Vormünder** gründet sich entweder unmittelbar auf das Gesetz (Nr 3 und 4) oder auf **Benennung** durch einen Elternteil des zu Bevormundenden (Nr 1 und 2). Nicht als Vormünder sind berufen der Ehemann und die uneheliche Mutter, da sie in manchen Fällen für dieses Amt nicht geeignet erscheinen. Sie können aber vor den nach § 1776 Berufenen zum Vormunde bestellt werden (§ 1778 Abs 3). Nur hat die Mutter, wenn das Kind für ehelich erklärt oder an Kindes Statt angenommen ist, dieses Vorrecht nicht vor dem von dem Gewalthaber benannten Vormunde. Die Bestimmungen über die Berufung zur Vormundschaft kommen nicht zur Anwendung, wenn kraft Gesetzes gemäß Art 136 EG (vgl. § 1773 A 4) der Anstaltsvorstand oder Beamte Vormund wird. Aber auch wenn eine gesetzliche Vormundschaft nicht eingeführt ist, können diese Personen nach Maßgabe des Landesrechts vor den berufenen Vormündern zum Vormunde bestellt werden (Art 136 Nr 3 EG).

2. Über das **Recht der Eltern zur Benennung** eines Vormundes s. § 1777 A 1 und 2.

3. Die Berufung des väterlichen **Großvaters** setzt voraus eine eheliche Verwandtschaft zwischen Großvater und Vater und sodann zwischen Vater und Mündel. Die Verwandtschaft zwischen Großvater und Vater darf auch auf Ehelichkeitserklärung oder auf Kindesannahme beruhen, vorausgesetzt, daß die Kindesannahme auch für den Mündel als Abkömmling (vgl. § 1762) wirksam geworden ist. Das Recht des leiblichen Großvaters fällt weg, wenn der Vater oder der Mündel von einem andern als dem Ehegatten des natürlichen Elternteils (s. § 1757 Abs 2) an Kindes Statt angenommen ist, es sei denn, daß durch die Kindesannahme des Vaters der Mündel selbst (vgl. § 1762) nicht berührt ist. Das Gleiche gilt auch für den mütterlichen Großvater, jedoch mit der Abweichung, daß eine eheliche oder gleichwertige Verwandtschaft nur zwischen dem Großvater und der Mutter zu bestehen braucht, während die Verwandtschaft zwischen Mutter und Mündel eine eheliche oder uneheliche sein kann. Nach dem Wortlaut des § 1776 letzter Satz würde das Recht der Großeltern auch dann in Wegfall kommen, wenn das Kind von ihnen selbst an Kindes Statt angenommen ist. Dies ist jedoch als dem Sinne des Gesetzes zuwiderlaufend abzulehnen (bestr.).

§ 1777

Der Vater[1]) kann einen Vormund nur benennen, wenn ihm zur Zeit seines Todes die elterliche Gewalt über das Kind zusteht; er hat dieses Recht nicht, wenn er in den die Person oder in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten nicht zur Vertretung des Kindes berechtigt ist[1]). Das Gleiche gilt für die Mutter[2]).

Der Vater kann für ein Kind, das erst nach seinem Tode geboren wird, einen Vormund benennen, wenn er dazu berechtigt sein würde, falls das Kind vor seinem Tode geboren wäre[3]).

Die Benennung des Vormundes erfolgt durch letztwillige Verfügung[1]).

E I 1636 II 1658 M 4, 1053 P 4, 747.

1. **Benennungsrecht des Vaters.** Auf Grund der elterlichen Gewalt (§ 1626) darf der Vater für die Zeit nach seinem Tode sich durch Benennung eines Vormundes gewissermaßen einen Stellvertreter setzen; er muß aber, da der Vormund sowohl die Sorge für die Person als für das Vermögen auszuüben hat, zur Vertretung des Kindes sowohl in den persönlichen als in den Vermögensangelegenheiten befugt sein (vgl. § 1627 A 1). Die Benennung hat, da sie erst nach dem Tode des Vaters wirksam wird, gemäß Abs 3 durch letztwillige Verfügung — durch Testament oder durch einseitige Verfügung im Erbvertrage (vgl. § 2299) — zu erfolgen. Im Zusammenhang hiermit steht es, daß die elterliche Gewalt und das volle Vertretungsrecht nur zur Zeit des Todes vorhanden zu sein braucht. Es ist auch nicht notwendig, daß das Kind zur Zeit der Benennung des Vormundes bereits vorhanden ist. Die Benennung ist zulässig für ein Kind, das noch nicht geboren ist, und sogar für ein erst nach dem Tode des Vaters geborenes Kind. Nicht als unzulässig ist es anzusehen, wenn der Benennung eine Zeitbestimmung oder Bedingung beigefügt wird. Der Benannte kann jedoch nicht verlangen, daß mit der Bestellung des Vormundes bis zum Eintritt der Zeit oder der Bedingung gewartet wird, auch nicht, daß zu diesem Zeitpunkt der früher bestellte Vormund entlassen wird (a. M. Blume A 4a α). Dagegen ist der Endtermin oder die auflösende Bedingung dem so benannten Vormunde gegenüber wirksam, auch wenn bei seiner Bestellung ein entsprechender Vorbehalt nicht gemacht ist. Das Vormundschaftsgericht hat in diesem Falle den benannten Vormund zu entlassen. Die gleichen Grundsätze greifen Platz bei Anordnungen über Befreiung des Vormundes (§ 1856), über Bildung des Familienrats und über die Mitgliedschaft zum Familienrat (§ 1868).

2. Das zu 1 Gesagte gilt auch für das **Benennungsrecht der Mutter.** Ihr Recht steht jedoch dem des Vaters nach. Die Anordnung der Mutter ist zwar nicht deshalb ungültig, weil zu der Zeit, wo sie getroffen ist, eine anderweite Anordnung des Vaters noch in Kraft stand. Sie gelangt aber erst zur Wirksamkeit, nachdem diese Anordnung des Vaters hinfällig geworden ist (vgl. § 1868 Abs 2).

§ 1778

Wer nach § 1776 als Vormund berufen ist, darf ohne seine Zustimmung nur übergangen werden[1]), wenn er nach den §§ 1780 bis 1784 nicht zum Vormunde bestellt werden kann oder soll oder wenn er an der Übernahme der Vormundschaft verhindert ist oder die Übernahme verzögert oder wenn seine Bestellung das Interesse des Mündels gefährden würde[2]).

Ist der Berufene nur vorübergehend verhindert, so hat ihn das Vormundschaftsgericht nach dem Wegfalle des Hindernisses auf seinen Antrag an Stelle des bisherigen Vormundes zum Vormunde zu bestellen[3]).

Für eine Ehefrau darf der Mann vor den nach § 1776 Berufenen, für ein uneheliches Kind darf die Mutter vor dem Großvater zum Vormunde bestellt werden[4]).

Neben dem Berufenen darf nur mit dessen Zustimmung ein Mitvormund bestellt werden[5]).

E I 1637 II 1659 M 4, 1056 P 4, 748.

1. Gegen die **Übergehung des berufenen Vormundes** steht diesem nach § 60 Abs 1 Nr 1 FGG die sofortige Beschwerde zu. Die Frist beträgt 2 Wochen seit dem Zeitpunkte, in welchem der Beschwerdeführer von seiner Übergehung Kenntnis erlangt, so daß der auf die Zeit der Kenntnisnahme folgende Tag der erste Tag der Beschwerde ist (§§ 22,

60 Abs 2 FGG, § 187 Abs 1 BGB). Eine Übergehung liegt nicht bloß in der Bestellung eines andern Vormundes, sondern schon in der Zurückweisung des von dem berufenen Vormund gestellten Antrags (RJA 5, 130). Die Zustimmung zur Übergehung ist wirksam, auch wenn sie nur stillschweigend oder nicht unmittelbar dem Vormundschaftsgericht gegenüber erklärt ist.

2. Übergehungsgründe. Der Berufene hat kein unbedingtes Recht darauf, Vormund zu werden. Seine Bestellung ist davon abhängig, daß er die in den §§ 1780—1784 vorgeschriebenen Eigenschaften besitzt. Trotz der Berufung ist ferner von dem Vormundschaftsgericht zu prüfen, ob im einzelnen Falle seine Bestellung das Wohl des Mündels gefährden würde, wozu auch solche Gründe herangezogen werden können, die dem Elternteil bei Benennung des Vormundes bereits bekannt waren. Das Vormundschaftsgericht hat endlich — abgesehen von der in Abs 2 bezeichneten Ausnahme — nicht nötig, den berufenen Vormund zu berücksichtigen, wenn dieser mit oder ohne Verschulden die Übernahme der Vormundschaft verzögert. Über die Schadensersatzpflicht im Falle schuldhafter Verzögerung s. § 1787 A 1.

3. Der Berufene kann verlangen, daß nach **Wegfall des Hindernisses,** falls dieses seiner Natur nach nur ein vorübergehendes war, der bisherige Vormund entlassen und er selbst zum Vormunde bestellt wird. Die Entlassung ist zulässig, auch wenn ein entsprechender Vorbehalt bei der Bestellung des Vormundes (§ 1790) nicht gemacht war. Dies ist auf den Fall, daß ein Unfähigkeitsgrund oder Untauglichkeitsgrund der Bestellung entgegenstand, nicht auszudehnen. Ist der Berufene grundlos übergangen und demgemäß seine sofortige Beschwerde (vgl. §§ 18 Abs 2, 60 Abs 1 Nr 1 FGG) für begründet erklärt, so muß die Entlassung des bisherigen Vormundes (ohne daß sie vorbehalten zu sein braucht) erfolgen.

4. S. § 1776 A 1.

5. Das Recht des Berufenen darf ohne seine Zustimmung (s. hierüber A 1) durch Bestellung eines **Mitvormundes** nicht beschränkt werden, falls nicht bei Benennung des Vormundes diese Beschränkung vorgesehen ist.

§ 1779

Ist die Vormundschaft nicht einem nach § 1776 Berufenen zu übertragen, so hat das Vormundschaftsgericht nach Anhörung des Gemeindewaisenrats[1]) den Vormund auszuwählen.

Das Vormundschaftsgericht soll eine Person auswählen, die nach ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Vermögenslage sowie nach den sonstigen Umständen zur Führung der Vormundschaft geeignet ist. Bei der Auswahl ist auf das religiöse Bekenntnis des Mündels Rücksicht zu nehmen. Verwandte und Verschwägerte des Mündels sind zunächst zu berücksichtigen[2]).

E I 1638 Abs 1 II 1660 Abs 1 M 4, 1061 P 4, 749.

1. An den Vorschlag des **Gemeindewaisenrats** (vgl. hierüber § 1849 A 3) ist das Vormundschaftsgericht nicht gebunden. Es kann in dringlichen Fällen auch davon absehen, vor der Bestellung des Vormundes den Gemeindewaisenrat zu hören. Für einen solchen Fall empfiehlt es sich allerdings, bei der Bestellung den Vorbehalt zu machen, daß der Vormund entlassen werden kann, wenn der von der Bestellung zu benachrichtigende Gemeindewaisenrat hinterher Bedenken äußert. Ohne einen solchen Vorbehalt würde die Entlassung nicht möglich sein (vgl. § 1790 A 1). Hat das Vormundschaftsgericht behufs besserer Beaufsichtigung des Mündels oder aus sonstigen Gründen Anlaß, eine außerhalb seines Bezirks wohnende Person zum Vormund zu bestellen, so kann es sich wegen Benennung eines Vormundes an den auswärtigen Waisenrat wenden.

2. Bei der **Auswahl** des Vormundes ist das Vormundschaftsgericht, das hierbei auch die Wünsche des verstorbenen Elternteils beachten darf, in seinem freien Ermessen nach zwei Richtungen hin beschränkt. Mit der Vorschrift, daß das religiöse Bekenntnis des Mündels zu berücksichtigen ist, ist jedoch nicht eine unbedingte Regel aufgestellt, daß der Vormund das gleiche Bekenntnis haben muß. Ist die Vorschrift ohne ausreichenden Grund außer acht gelassen, so ist die betreffende Religionsgesellschaft, die in ihren gesetzlich geschützten Interessen verletzt ist, aus § 57 Abs 1 Nr 9 FGG beschwerdeberechtigt (bestr.). Wird die Beschwerde für begründet befunden, so ist der bisherige Vormund zu entlassen (a. M. Planck A 7). Eine Abhilfe kann übrigens, wenn ein Vormund anderen Bekenntnisses ausgewählt ist, auch dadurch gewährt werden, daß ihm die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels gemäß § 1801 entzogen wird. Ist die Vorschrift verletzt, daß Verwandte und Verschwägerte des Mündels zunächst zu berücksichtigen sind, so ist diesen ein Beschwerderecht im Interesse des Kindes zuzugestehen (vgl. **RG** 64, 288) und zwar mit der Wirkung, daß der bestellte Vormund entlassen werden kann (bestr.). Die Zulässigkeit

einer einem jeden Beteiligten zustehenden Beschwerde auf Grund des § 57 Abs 1 Nr 9 FGG ist in diesen beiden Fällen zu verneinen (bestr.). Es kann auch nicht den Verwandten das Recht zuerkannt werden, darüber Beschwerde zu führen, daß ohne pflichtmäßige Prüfung ein einem andern Bekenntnis angehöriger Vormund bestellt sei (vgl. Wreschner in JW 06, 321 ff.; anders KGJ 29 A 13).

§ 1780

Zum Vormunde kann nicht bestellt werden, wer geschäftsunfähig oder wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist[1]).

E I 1640 Nr 1, 1646 Abs 1 II 1661 M 4, 1065, 1081 P 4, 751, 753, 828; 6, 119.

1. § 1780 behandelt die **Unfähigkeit zur Vormundschaft**, während in den §§ 1781 bis 1784 die Fälle aufgeführt sind, in denen jemand zum Vormunde nicht bestellt werden soll (Untauglichkeit zur Vormundschaft). Nicht unfähig ist der Minderjährige, wie denn auch der Minderjährige nach § 165 als Bevollmächtigter tätig sein kann, wohl aber — abweichend von § 165 — der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte (§ 114), da dieser nicht bloß beschränkt geschäftsfähig, sondern auch vertrauensunwürdig ist (vgl. § 1885 Abs 1). Die Unfähigkeit hat zur Folge, daß sowohl die Bestellung des Vormundes als die von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen nichtig sind. Die Bestellung ist nichtig, auch ohne Entlassung des Vormundes. Pflicht des Vormundschaftsgerichts ist es jedoch, den äußeren Anschein, als ob der Vormund gültig bestellt wäre, zu beseitigen. Eine Haftbarkeit des Vormundes findet nur statt nach den Vorschriften über Schadensersatz aus unerlaubter Handlung und über ungerechtfertigte Bereicherung (vgl. § 682).

§ 1781

[1])Zum Vormunde soll nicht bestellt werden:

1. wer minderjährig oder nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist[2]);

2. wer nach § 1910 zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhalten hat[2]);

3. wer in Konkurs geraten ist, während der Dauer des Konkurses[2]);

4. wer der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt ist, soweit sich nicht aus den Vorschriften des Strafgesetzbuchs ein anderes ergibt[3]).

E I 1640 Nr 1—3, 1646 Abs 2 II 1662 M 4, 1065, 1081 P 4, 751.

1. Die Vorschriften der §§ 1781—1784 sind **Sollvorschriften**, deren schuldhafte Verletzung das Vormundschaftsgericht dem Mündel gegenüber — nicht auch dritten Personen gegenüber, da in deren Interesse diese Vorschriften nicht gegeben sind — haftbar macht. Bis zur Entlassung, die nach § 1886 in den Fällen des § 1781 ohne weiteres, in den Fällen der § 1782 bis 1784 nur unter der besonderen Voraussetzung der Gefährdung des Wohles des Mündels zulässig ist, behält der Vormund alle Rechte und Pflichten eines solchen. Über das Recht des berufenen Vormundes bei Vorliegen eines Untauglichkeitsgrundes s. § 1778 A 3.

2. Den **Untauglichkeitsgründen der Nr 1 bis 3** liegt der Gedanke zugrunde, daß derjenige, der seine eigenen Vermögensangelegenheiten nicht besorgen kann, auch nicht zur Besorgung der Angelegenheiten eines andern als Vormund zugelassen werden soll. Ausgeschlossen ist deshalb der beschränkt Geschäftsfähige (§§ 106, 114), soweit dieser nicht nach § 1780 unfähig zur Vormundschaft ist, der wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen nach § 1910 für seine Vermögensangelegenheiten, d. h. für die Gesamtheit seiner Vermögensangelegenheiten, unter Pflegschaft Gestellte, sowie der Gemeinschuldner von der Zeit an, wo er über das in Konkurs befangene Vermögen nicht mehr verfügen kann. Diese Verfügungsbeschränkung tritt schon mit Eröffnung des Konkurses, nicht erst mit Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses ein (§§ 6, 109 KO) und dauert bis zum Erlasse des den Konkurs aufhebenden oder einstellenden Beschlusses (§§ 163, 190, 202 und 204 KO). Voraussetzung ist nach Nr 3 die Eröffnung des Konkursverfahrens über das persönliche Vermögen. Der Konkurs über den Nachlaß oder ein Gesellschaftsvermögen genügt nicht, um den Erben oder Gesellschafter von der Bestellung als Vormund auszuschließen.

3. Wer der **bürgerlichen Ehrenrechte** für verlustig erklärt ist, ist während der Zeit, für welche die Ehrenrechte aberkannt sind (s. hierüber § 32 StGB), wegen Vertrauensunwürdigkeit nach § 34 Nr 6 StGB unfähig, Vormund (Gegenvormund, Pfleger, Beistand) oder Mitglied eines Familienrats zu sein, falls es sich nicht um Verwandte absteigender Linie handelt und die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung hierzu erteilt wird. Diese „Unfähigkeit" hat aber nach §§ 1781, 1886, 1866 Nr 2, 1878 nur die Bedeutung, daß er nicht als Vormund bestellt werden soll und daß bei nachträglicher Aberkennung der Ehrenrechte seine Entlassung erfolgen soll.

§ 1782

Zum Vormunde soll nicht bestellt werden, wer durch Anordnung des Vaters oder der ehelichen Mutter des Mündels von der Vormundschaft ausgeschlossen ist. Die Mutter kann den von dem Vater als Vormund Benannten nicht ausschließen.

Auf die Ausschließung finden die Vorschriften des § 1777 Anwendung[1]).

E I 1640 Nr 5, 1646 Abs 2 II 1663 M 4, 1068, 1081 P 4, 751.

1. Der Vater und die eheliche Mutter des Mündels sind ebenso wie zur Benennung eines Vormundes auch zur **Ausschließung bestimmter Personen** — nicht einer ganzen Personenklasse — von der Vormundschaft berechtigt, wofür die in § 1777 über das Benennungsrecht gegebenen Vorschriften gelten. Der von dem Vater Benannte kann selbstverständlich, da seine Anordnung derjenigen der Mutter vorgeht (§ 1777 A 2), nicht von der Mutter ausgeschlossen werden. Auch die Ausschließung der nach § 1776 Nr 3 und 4 berufenen Großväter ist zulässig, nicht aber des nach landesrechtlicher Bestimmung (Art 136 Nr 1 und 2 EG) kraft Gesetzes als Vormund eintretenden Anstaltsvorstandes oder Beamten, da diese Einrichtung dem öffentlichen Recht angehört (vgl. § 1773 A 4). Die Ausschließung wird nicht ohne weiteres dadurch hinfällig, daß der hinzugefügte Grund ein unrichtiger ist, da trotzdem die Ausschließung gewollt sein kann. Der verbotswidrig Bestellte kann nur nach Maßgabe des § 1886 (bei Gefährdung des Wohles des Mündels) entlassen werden (vgl. § 1781 A 1).

§ 1783

Eine Frau, die mit einem andern als dem Vater des Mündels verheiratet ist, soll nur mit Zustimmung ihres Mannes zum Vormunde bestellt werden[1])[2]).

E I 1640 Nr 4, 1641, 1646 Abs 2 II 1664 Abs 2 M 4, 1067, 1071, 1081 P 4, 751.

1. Die **Frau** ist zur Übernahme der Vormundschaft zwar nicht verpflichtet (§ 1786 Nr 1), wohl aber, was auf einem Beschlusse der Reichstagskommission beruht, zu diesem Amte fähig. Nur bedarf die verheiratete Frau, falls es sich nicht um ein (eheliches, legitimiertes oder angenommenes) Kind des Mannes handelt, in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Grundsatze des § 1358 der Zustimmung ihres Mannes. Die Zustimmung, die gegenüber der Frau oder dem Vormundschaftsgericht zu erklären ist, ist erforderlich, auch wenn die Frau von dem Manne getrennt lebt. Für den geschäftsunfähigen oder in unbekannter Abwesenheit lebenden Mann ist die Zustimmung von dem gesetzlichen Vertreter zu erteilen. Der beschränkt geschäftsfähige Mann kann die Zustimmung ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht erteilen, da die Übernahme der Vormundschaft die Belastung des eingebrachten Guts (§ 1412) und des Gesamtguts (§§ 1459, 1460, 1530, 1549) nach sich zieht. Die Zustimmung kann, wie aus § 1887 Abs 2 hervorgeht, von dem Ehemann beliebig widerrufen werden. Die Ersetzung der Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht ist nicht vorgesehen.

2. Auf die **Gültigkeit** der Bestellung hat der Mangel der Zustimmung (vgl. § 1781 A 1) keinen Einfluß. Auch die Haftung des eingebrachten Guts und des Gesamtguts (s. A 1) wird hierdurch nicht ausgeschlossen.

§ 1784

Ein Beamter oder Religionsdiener, der nach den Landesgesetzen einer besonderen Erlaubnis zur Übernahme einer Vormundschaft bedarf, soll nicht ohne die vorgeschriebene Erlaubnis zum Vormunde bestellt werden[1])[2]).

E I 1642, 1646 Abs 2 II 1665 M 4, 1071 P 4, 751.

1. Landesrechtlich kann bestimmt werden, daß Beamte und Religionsdiener wegen der Gefahr der Beeinträchtigung der dienstlichen Interessen einer **Erlaubnis** zur Übernahme der Vormundschaft bedürfen. Unter dem Ausdruck „Beamter" sind bloß öffentliche Beamte zu verstehen. Dagegen ist der Ausdruck „Religionsdiener" nicht auf die bei einer christlichen Kirche angestellten Geistlichen zu beschränken. Die Gültigkeit der Bestellung als Vormund wird, wie § 1784 vorschreibt, durch den Mangel der Erlaubnis nicht beeinträchtigt (vgl. § 1781 A 1). Der Beamte oder Religionsdiener selbst ist wegen fehlender Erlaubnis nicht berechtigt, die Übernahme der Vormundschaft zu verweigern. Es kann nach Lage der Sache sehr wohl gerechtfertigt sein, die Bestellung als Vormund ohne Aufschub vorbehaltlich der Nachbringung der Erlaubnis vorzunehmen. Wird die Erlaubnis nicht erteilt oder zurückgenommen, so hat gemäß § 1888 die Entlassung zu erfolgen. Die Entlassung wird auch dann nötig, wenn landes-

rechtlich (wie für Beamte in Bayern) zwar nicht eine Erlaubnis vorgeschrieben ist, wohl aber die Fortführung der Vormundschaft untersagt werden kann und von diesem Untersagungsrecht Gebrauch gemacht wird.

2. Nach § 41 RMilG v. 2. 5. 74 können die **Militärpersonen** des Friedensstandes und die Zivilbeamten der Militärverwaltung — was auf die Marine auszudehnen ist (bestr.) — die Übernahme der Vormundschaft ablehnen und können zum Vormunde nur mit Genehmigung ihrer Vorgesetzten bestellt werden. Im übrigen gelten für die Reichsbeamten in dieser Beziehung nach § 19 RBG i. d. F. v. 18. 5. 07 die an ihrem Wohnorte für die Staatsbeamten bestehenden landesrechtlichen Bestimmungen.

§ 1785

[1])Jeder Deutsche[2]) hat die Vormundschaft, für die er von dem Vormundschaftsgericht ausgewählt wird, zu übernehmen, sofern nicht seiner Bestellung zum Vormund einer der in den §§ 1780 bis 1784 bestimmten Gründe entgegensteht.

E I 1639 Satz 1 II 1667 Abs 1 M 4, 1062 P 4, 750.

1. Über die **Verpflichtung zur Übernahme der Vormundschaft** hat das Vormundschaftsgericht zu entscheiden vorbehaltlich der Beschwerde, die der als Vormund Ausgewählte binnen 2 Wochen, seitdem ihm die die Weigerung für unberechtigt erklärende Verfügung bekannt gemacht ist, bei dem Vormundschaftsgericht oder dem Beschwerdegericht einzulegen hat (§§ 60 Abs 1 Nr 2, 16, 21 und 22 FGG, § 1787 Abs 2 BGB). Das Recht der Beschwerde geht nicht schon dadurch verloren, daß nach Zurückweisung des Widerspruchs nicht von neuem bei der Bestellung zum Vormund Widerspruch erhoben ist.

2. Verpflichtet ist **jeder Deutsche,** der die in §§ 1780 ff. vorgeschriebenen Eigenschaften besitzt, mag er die Staatsangehörigkeit für einen bestimmten Bundesstaat oder nur die Reichsangehörigkeit (vgl. § 9 des SchutzgebG i. d. F. v. 10. 9. 00) besitzen, und zwar besteht die Verpflichtung auch dann, wenn ein Angehöriger eines andern Bundesstaates oder ein Ausländer (vgl. § 1773 A 1) bevormundet werden soll. Der Ausländer ist zur Vormundschaft fähig und tauglich (§§ 1780, 1781), er kann aber zur Übernahme der Vormundschaft nicht angehalten werden, auch nicht, wenn der vormundschaftliche Schutz einem Angehörigen seines eigenen Staates gewährt werden soll. Doch kann, wenn von den Landsleuten des Ausländers sich niemand zur Übernahme des Amtes bereit findet, dies unter Umständen das Vormundschaftsgericht veranlassen, von Übernahme einer dauernden vormundschaftlichen Fürsorge abzusehen (vgl. Habicht, Intern. PrivR zu Art 23 EG II B 4). Ist der Ausländer einmal als Vormund bestellt, so kann er nicht mit Rücksicht auf seine Ausländereigenschaft die Entlassung fordern.

§ 1786

Die Übernahme der Vormundschaft kann ablehnen:

1. **eine Frau;**
2. **wer das sechzigste Lebensjahr vollendet hat;**
3. **wer mehr als vier minderjährige eheliche Kinder hat; ein von einem andern an Kindes Statt angenommenes Kind wird nicht gerechnet;**
4. **wer durch Krankheit oder durch Gebrechen verhindert ist, die Vormundschaft ordnungsmäßig zu führen;**
5. **wer wegen Entfernung seines Wohnsitzes von dem Sitze des Vormundschaftsgerichts die Vormundschaft nicht ohne besondere Belästigung führen kann;**
6. **wer nach § 1844 zur Sicherheitsleistung angehalten wird;**
7. **wer mit einem andern zur gemeinschaftlichen Führung der Vormundschaft bestellt werden soll;**
8. **wer mehr als eine Vormundschaft oder Pflegschaft führt; die Vormundschaft oder Pflegschaft über mehrere Geschwister gilt nur als eine; die Führung von zwei Gegenvormundschaften steht der Führung einer Vormundschaft gleich.**

Das Ablehnungsrecht erlischt, wenn es nicht vor der Bestellung bei dem Vormundschaftsgerichte geltend gemacht wird.

E I 1643, 1644 Abs 1 II 1666, 1668 Abs 1 M 4, 1073 P 4, 751; 6, 306.

Die **Ablehnung der Vormundschaft** kann nur auf die in § 1786 angegebenen Gründe gestützt werden, die bei Vermeidung des Ausschlusses vor der Bestellung bei dem Vormundschaftsgericht geltend zu machen sind. Nur innerhalb der hier gezogenen Grenzen kann die Behauptung des Gesuchstellers, daß er zur Führung der Vormundschaft nicht geeignet sei oder daß ihm die Führung zu beschwerlich falle, als Ablehnungsgrund in Betracht kommen; dies schließt jedoch nicht aus, daß diese Verhältnisse, soweit es im Interesse des Mündels liegt, bei Auswahl des Vormundes (§ 1779 Abs 2) mit zu berücksichtigen sind. Tritt ein Ablehnungsgrund nachträglich ein, so kann gemäß § 1889 Entlassung gefordert werden. Ein Verzicht auf das Recht der Ablehnung kann rechtswirksam nur dem Vormundschaftsgericht gegenüber erklärt werden. Der Anstaltsvormund oder Berufsvormund kann nicht auf die Ablehnungsgründe des § 1786 sich berufen (KGJ 35 A 19).

Zu Nr **1.** S. § 1783 A 1.

Zu Nr **2.** Die Altersgrenze ist, während sonst zur Ablehnung eines Ehrenamtes meist die Vollendung des 65. Lebensjahres erfordert wird, auf das **60. Lebensjahr** — Erreichung des 60. Geburtstags (§ 187 Abs 2) — festgesetzt.

Zu Nr **3.** Der Besitz von **5 minderjährigen** ehelichen (legitimierten oder an Kindes Statt angenommenen) **Kindern** berechtigt zur Ablehnung, ohne Unterschied, ob die Kinder in der elterlichen Gewalt des Ablehnenden sich befinden oder nicht. Das von einem andern an Kindes Statt angenommene Kind wird — mit der auch hier zu machenden selbstverständlichen Ausnahme der Kindesannahme durch den Ehegatten des Ablehnenden (§ 1757 Abs 2) — nicht mitgerechnet, auch dann nicht, wenn die Kindesannahme inzwischen wieder aufgehoben ist (a. M. Staudinger A 1c, Fuchs A 2c — vgl. § 1747 A 3).

Zu Nr **5.** Verpflichtet zur Übernahme der Vormundschaft ist auch derjenige, der seinen Wohnsitz nicht im Bezirk des Vormundschaftsgerichts hat. Ein Ablehnungsrecht erwächst ihm nur, wenn die **Entfernung von dem Vormundschaftsgericht** zu einer besonderen, ihm nicht zuzumutenden Belästigung führt, wofür es nicht bloß auf den Stand der Vormundschaftssache, sondern auch auf seine persönlichen Verhältnisse ankommt. Dies Ablehnungsrecht kann unter besonderen Umständen auch der im Bezirk des Vormundschaftsgerichts Wohnende in Anspruch nehmen.

Zu Nr **7.** Die Bestellung als **Mitvormund** zur ungeteilten Verwaltung hat wegen der damit verbundenen Aufsichtspflicht eine erhöhte Verantwortlichkeit (§ 1797 A 1) zur Folge, welche dem Vormunde nicht wider seinen Willen angesonnen werden soll.

Zu Nr **8.** Zur Ablehnung ist berechtigt, wer **bereits zwei Vormundschaften** (Pflegschaften) oder, da in dieser Beziehung zwei Gegenvormundschaften einer Vormundschaft gleich gerechnet werden, eine Vormundschaft und zwei Gegenvormundschaften oder vier Gegenvormundschaften führt. Die Vormundschaft über mehrere Geschwister gilt hierbei als *eine* Vormundschaft, auch wenn sie bei mehreren Vormundschaftsgerichten anhängig ist.

§ 1787

Wer die Übernahme der Vormundschaft ohne Grund ablehnt, ist, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, für den Schaden verantwortlich, der dem Mündel dadurch entsteht, daß sich die Bestellung des Vormundes verzögert[1]**.**

Erklärt das Vormundschaftsgericht die Ablehnung für unbegründet, so hat der Ablehnende, unbeschadet der ihm zustehenden Rechtsmittel, die Vormundschaft auf Erfordern des Vormundschaftsgerichts vorläufig zu übernehmen[2]**.**

E I 1639 Satz 2, 1644 Abs 2 II 1667 Abs 2, 1668 Abs 2 M 4, 1063, 1077 P 4, 750; 6, 306.

1. Die Pflicht zur Übernahme der Vormundschaft besteht nicht bloß dem Staate, sondern auch dem Mündel gegenüber, der demgemäß einen **Schadensersatzanspruch** hat, soweit er durch unbegründete schuldhafte Weigerung der Übernahme benachteiligt ist. Zu ersetzen ist der Schaden, der darin seinen Grund hat, daß in der Zwischenzeit, die ordnungsmäßige Behandlung der Sache durch den Vormundschaftsrichter vorausgesetzt, der Mündel ohne Vormund geblieben ist. Ein Verschulden wird erst regelmäßig von dem Zeitpunkt an anzunehmen sein, wo die Ablehnung (vgl. A 2) von dem Vormundschaftsgericht für unbegründet erklärt ist, eine Entscheidung, an die übrigens das Prozeßgericht nicht gebunden ist.

2. Durch die **Weigerung** wird, nachdem sie von dem Vormundschaftsgericht für unbegründet erklärt ist, die Ausführung der Anordnung des Vormundschaftsgerichts und

die Anwendung des nach § 1788 zulässigen Zwanges nicht aufgehalten. Auch die Einlegung der Beschwerde hat (soweit sie nicht die Festsetzung der Ordnungsstrafe betrifft) **keine aufschiebende Wirkung** (§ 24 FGG). Beharrt der Ablehnende bei seiner Weigerung, so macht er sich für die Zwischenzeit schadensersatzpflichtig, auch wenn in dem späteren Verfahren seine Weigerung entgegen der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts für begründet befunden werden sollte.

§ 1788

Das Vormundschaftsgericht kann den zum Vormund Ausgewählten durch Ordnungsstrafen zur Übernahme der Vormundschaft anhalten.

Die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen. Die Strafen dürfen nur in Zwischenräumen von mindestens einer Woche verhängt werden. Mehr als drei Strafen dürfen nicht verhängt werden[1]).

E I 1639 Satz 3 und 4 II 1669 M 4, 1064 P 4, 750.

1. Ein Zwang zur Übernahme der Vormundschaft ist nur in der Weise zulässig, daß eine **Ordnungsstrafe** von höchstens 300 ℳ zu drei Malen mit einem Mindestzwischenraum von je einer Woche festgesetzt wird. Der Festsetzung hat nach § 33 FGG jedesmal eine Androhung der Ordnungsstrafe vorauszugehen. Die Beschwerde gegen die Festsetzung hat nach § 24 Abs 1 das. aufschiebende Wirkung. Das Verfahren der Beitreibung bestimmt sich nach den landesrechtlichen Vorschriften, die teils das Verwaltungszwangsverfahren, teils die Vollstreckung nach den Grundsätzen der ZPO anordnen. Mit der Ordnungsstrafe sind auch die Kosten des Verfahrens beizutreiben.

§ 1789

Der Vormund wird von dem Vormundschaftsgerichte durch Verpflichtung zu treuer und gewissenhafter Führung der Vormundschaft bestellt. Die Verpflichtung soll mittels Handschlags an Eidesstatt erfolgen[1])[2]).

E I 1645 Abs 1 II 1670 M 4, 1078 P 4, 752.

1. Mit der **Verpflichtung des Vormundes** wird zweckmäßig eine Belehrung des Vormundes über die ihm obliegenden Pflichten verbunden. Die Nichtabnahme des Handschlags an Eidesstatt macht die Bestellung, da es sich hier um eine Ordnungsvorschrift handelt, nicht ungültig, ebensowenig die Nichtaufnahme eines Protokolls. Wesentlich ist dagegen, daß dem Vormundschaftsrichter (oder dem von diesem ersuchten Richter) gegenüber die Verpflichtung zu treuer und gewissenhafter Führung der Vormundschaft übernommen wird, ohne daß jedoch in dieser Beziehung der Vormund eine ausdrückliche Erklärung abzugeben braucht (a. M. anscheinend Planck A 2). Eine Vertretung des Vormundes bei der einen öffentlichen Rechtsakt darstellenden Verpflichtungsverhandlung oder eine schriftliche Bestellung des Vormundes ist ausgeschlossen. Ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Bestellung ist die örtliche Unzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts (§ 7 FGG). Über den Fall, daß versehentlich mehrere Vormünder bestellt sein sollten, vgl. § 1774 A 2.

2. Mit der Bestellung beginnt die **Vertretungsmacht** des Vormundes. — Zugleich tritt (was für die Vormundschaft über Volljährige von Bedeutung ist) bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit, falls der Entmündigte nicht unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, oder bei der Stellung unter vorläufige Vormundschaft wegen Geisteskrankheit mit der Bestellung des Vormundes die Geschäftsunfähigkeit des Mündels ein (§ 661 Abs 1 ZPO, § 52 FGG).

§ 1790

Bei der Bestellung des Vormundes kann die Entlassung für den Fall vorbehalten werden, daß ein bestimmtes Ereignis eintritt oder nicht eintrit[1]).

E I 1638 Abs 3 II 1660 Abs 3 M 4, 1062 P 4, 748.

1. Durch die Bestellung ist dem Vormunde, solange nicht ein gesetzlicher Entlassungsgrund vorliegt, ein unentziehbares Recht auf Fortführung der Vormundschaft gegeben. Ausnahmsweise darf das Vormundschaftsgericht bei der Bestellung, sofern es sich nicht um einen berufenen Vormund handelt, für den Fall des Eintritts oder Nichteintritts eines bestimmt zu bezeichnenden Ereignisses — nicht für den Fall des Eintritts einer bestimmten Zeit — die **Entlassung vorbehalten** (vgl. § 1779 A 1). Der Vorbehalt hat nicht die Wirkung, daß mit dem Eintritt des Ereignisses die Bestellung hinfällig wird. Es bedarf vielmehr hierzu der förmlichen Entlassung. Ausnahmsweise ist zur Entlassung des Vormundes ein Vor-

behalt nicht erforderlich im Falle der Verletzung der Rechte des berufenen Vormundes (§ 1778 A 3), bei Nichteinhaltung der Bestimmungen über die Auswahl des Vormundes (§ 1779 A 2) und bei einer der Benennung des Vormundes beigefügten zeitlichen Begrenzung (§ 1777 A 1).

§ 1791

Der Vormund erhält eine Bestallung[1]).

Die Bestallung soll enthalten den Namen und die Zeit der Geburt des Mündels, die Namen des Vormundes, des Gegenvormundes und der Mitvormünder sowie im Falle der Teilung der Vormundschaft die Art der Teilung. Ist ein Familienrat eingesetzt, so ist auch dies anzugeben.

E I 1645 Abs 2 II 1671 M 4, 1079 P 4, 752.

1. Der Vormund bedarf einer **Bestallung**, um sich im Rechtsverkehr und bei Führung von Rechtsstreitigkeiten (§ 56 ZPO) als Vertreter des Mündels ausweisen zu können. In der Bestallung ist außer dem Namen des Mündels und des Vormundes die Geburtszeit des Mündels anzugeben, was zugleich für die Dauer der Vertretung von Bedeutung ist. Die Bestallung hat auch die für den Umfang der Vertretungsmacht erheblichen Angaben zu enthalten, ob und wer als Gegenvormund bestellt ist, welche Mitvormünder bestellt sind und wie unter sie die Geschäfte verteilt sind. Zweckmäßig wird auch die etwaige Befreiung des Vormundes von der Notwendigkeit der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts aufzunehmen sein, wenn schon dies gesetzlich nicht vorgeschrieben ist. Ist an Stelle des Vormundschaftsgerichts ein Familienrat eingesetzt, so ist dies im Interesse der Legitimation des Familienrats in der Bestallung ebenfalls zu erwähnen (vgl. § 1881 Abs 2). Das Vormundschaftsgericht hat die Amtspflicht, von dem Vormunde bei Beendigung seines Amts die Bestallung zurückzufordern (§ 1893 Abs 2) und bei eintretenden Änderungen die Bestallung zu berichtigen oder, wie im Falle des § 1881, eine neue Bestallung zu erteilen. Die Bestallung hat hiernach einen großen Beweiswert, sie hat aber nicht die Bedeutung, daß der gutgläubige Dritte unbedingt auf die Richtigkeit der Angaben sich verlassen kann. Erachtet der Dritte die Bestallung nicht für ausreichend, so kann ihm gemäß § 34 FGG die Einsicht der Vormundschaftsakten gewährt werden. Über die dem Pfleger zu erteilende Bestallung s. Vorbem 1 vor § 1909.

§ 1792

Neben dem Vormunde kann ein Gegenvormund bestellt werden[1]).

Ein Gegenvormund soll bestellt werden, wenn mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung[2]) verbunden ist, es sei denn, daß die Verwaltung nicht erheblich oder daß die Vormundschaft von mehreren Vormündern[3]) gemeinschaftlich zu führen ist.

Ist die Vormundschaft von mehreren Vormündern[3]) nicht gemeinschaftlich zu führen, so kann der eine Vormund zum Gegenvormunde des andern bestellt werden.

Auf die Berufung und Bestellung des Gegenvormundes finden die für die Berufung und Bestellung des Vormundes geltenden Vorschriften Anwendung[4]).

E I 1647 II 1672 M 4, 1032 ff., 1082 P 4, 754.

1. Unzulässig ist die **Bestellung eines Gegenvormundes**, wenn sie von dem Vater oder der ehelichen Mutter des Mündels bei Benennung des Vormundes ausgeschlossen ist (§§ 1852, 1855, 1856 in Verb. mit § 1777) — welche Anordnung jedoch bei Gefährdung des Wohles des Mündels außer Kraft gesetzt werden kann (§ 1857) — und wenn der (zur Vermögensverwaltung berechtigte) Vater zum Vormunde des Volljährigen bestellt ist (§ 1903; s. bezüglich der Mutter § 1904). Die gleichwohl erfolgte Bestellung ist jedoch nicht ungültig. Dem Vormundschaftsgericht erwächst nur die Pflicht, den Gegenvormund wieder zu entlassen, zu welchem Zwecke nicht bloß von dem Vormunde, sondern auch von dem Gegenvormunde selbst Beschwerde eingelegt werden kann. Landesrechtlich kann ferner auf Grund des Art 136 Nr 4 EG, wie es z. B. durch Art 78 § 3 Pr. AG geschehen ist, die Bestellung eines Gegenvormundes neben dem Anstaltsvormunde oder dem Berufsvormunde (vgl. § 1773 A 4) ausgeschlossen werden, welchem Verbote hier, da es sich um eine besonders ausgestaltete Art der Vormundschaft handelt, die weitergehende Wirkung der Nichtigkeit der Bestellung beizulegen sein wird.

2. Es kommt nicht sowohl auf die Größe des Vermögens, als auf die Erheblichkeit der eine Überwachung durch den Gegenvormund nötig machenden **Vermögensverwaltung** an. Ein Anlaß zur Bestellung eines Gegenvormundes ist in der Regel nicht vorhanden, wenn das Vermögen bei einer öffentlichen Sparkasse unter Sperrvermerk (§ 1809) angelegt ist. Darüber, ob ein Gegenvormund entbehrlich ist, hat das Vormundschaftsgericht — unbeschadet der Zulässigkeit der Beschwerde des Vormundes — nach freiem, von dem Prozeßrichter nicht nachzuprüfenden Ermessen zu befinden. Bloß aus dem Grunde, weil ein der Genehmigung des Gegenvormundes unterliegendes Rechtsgeschäft vorzunehmen ist, braucht ein Gegenvormund nicht bestellt zu werden. Solange ein Gegenvormund nicht vorhanden ist, ist an dessen Stelle — sofern nicht die Genehmigung deshalb sich erübrigt, weil die Vormundschaft von mehreren Vormündern gemeinschaftlich geführt wird — nach § 1810 Satz 2 und § 1812 Abs 3 die Genehmigung von dem Vormundschaftsgericht zu erteilen.

3. Über das Vorhandensein mehrerer Vormünder s. § 1797 A 1.

4. Anwendbar sind hiernach die **§§ 1776 bis 1791.** Zweifelhaft kann sein, ob der Vater oder die eheliche Mutter bei Benennung eines Gegenvormundes (§ 1777) auch anordnen können, daß ein Gegenvormund bestellt werden muß. Dies dürfte jedoch zu verneinen sein, da das Recht der Eltern nicht so weit geht, daß sie das vormundschaftliche Amt umgestalten können.

II. Führung der Vormundschaft

§ 1793

Der Vormund hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen[1]), insbesondere den Mündel zu vertreten[2]).

E I 1648, 1649 II 1673 M 4, 1082 P 4, 755; 6, 306.

1. Die vormundschaftliche Gewalt hat den gleichen Inhalt wie nach §§ 1627 und 1630 Abs 1 die elterliche Gewalt. Über die Abgrenzung der **Sorge für die Person und der Sorge für das Vermögen** des Mündels s. § 1631 A 1. Diese Abgrenzung ist von besonderer Wichtigkeit für den Fall, daß neben dem Recht des Vormundes das Fürsorgerecht des Vaters oder der Mutter für die Person des Mündels besteht (vgl. § 1676 Abs 2, 1696, 1702 Abs 2, 1707). Kraft der Pflicht zur Sorge für das Vermögen des Mündels hat der Vormund, der das Vermögen in Besitz zu nehmen hat, einerseits auf Erhaltung (sichere Aufbewahrung, sichere Anlegung usw.), anderseits auf nutzbringende Verwertung des Vermögens bedacht zu sein. Lassen beide Rücksichten sich nicht miteinander vereinigen, so wird die Rücksicht auf Erhaltung regelmäßig den Vorzug haben. Unter Umständen wird aber auch die Erhaltung einer Sache, falls dies nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten möglich ist, nicht wirtschaftlich sein. Aus der Pflicht zur Verwaltung des Vermögens ergibt sich für den Vormund auch die Pflicht, die dem Mündel auf bürgerlichrechtlichem oder öffentlichrechtlichem Gebiete zustehenden Vermögensrechte wahrzunehmen. Über die Natur der vormundschaftlichen Gewalt als eines Amtes s. § 1872 A 2.

2. Als **gesetzlicher Vertreter** ist der Vormund ermächtigt, für den geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Mündel oder in Ergänzung der Willenserklärung des letzteren (§§ 107 ff.) über die Rechte des Mündels zu verfügen und Verpflichtungen für ihn zu übernehmen. Die Vertretungsmacht erstreckt sich nicht auf höchstpersönliche Rechtsgeschäfte, die eine Vertretung nicht zulassen (vgl. § 1630 A 1). Hinsichtlich des Besitzes übt der Vormund vertretungsweise diejenigen Rechte aus, die dem Mündel als unmittelbarem oder als mittelbarem Besitzer zustehen. Die gleiche Rechtsstellung kommt ihm auch dem Mündel gegenüber zu (bestr.). Geht der Vormund hinsichtlich des Mündelvermögens Rechtsgeschäfte ein, so hat er, sofern nicht ganz besondere Gründe eine Abweichung bedingen, die Rechtsgeschäfte auf den Namen des Mündels zu stellen. Verpflichtungen, die sachlich den Mündel angehen, kann er dagegen, da hierdurch der Mündel nicht gefährdet wird, auch in eigenem Namen übernehmen. Einen Bevollmächtigten darf der Vormund annehmen unbeschadet der ihm verbleibenden Pflicht zur Beaufsichtigung und Leitung. Die dem Dritten erteilte Vollmacht erlischt mit der Vertretungsmacht des Vormundes, ohne daß die weitergehenden Bestimmungen der §§ 169 ff., 674 hier Anwendung finden können (vgl. RG 41, 263 — a. M. Staudinger A 6). Der Vormund kann auch nicht für ein erst nach der Beendigung seines Amtes vorzunehmendes Geschäft Vollmacht erteilen (vgl. A 3). Die gesamte Verwaltung der vormundschaftlichen Angelegenheiten kann der Vormund nicht einem andern übertragen. In besonderen Fällen, was nämlich die allgemeine Ermächtigung des Mündels betrifft, in Dienst oder Arbeit zu treten (§ 113), hinsichtlich der Eheschließung (§ 1304) und der Anfechtung der Ehe (§ 1337

Abs 1) kann die Ermächtigung oder Zustimmung des Vormundes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden.

3. Das Vertretungsrecht des Vormundes ist nicht derart ein zeitlich eingeschränktes, daß er **über die Zeit der Beendigung der Vormundschaft hinaus** keine Verfügungen treffen könnte. Der Vormund ist auch nicht verhindert, Verpflichtungen für den Mündel zu übernehmen, die über die Zeit der Beendigung der Vormundschaft fortdauern oder erst nach dieser Zeit in Wirksamkeit treten (bestr.). Er würde jedoch pflichtwidrig handeln, wenn er ohne Not dem Mündel derartige Verpflichtungen auferlegt, die seine Selbständigkeit beeinträchtigen, und es würde hieraus auch ein Einwand gegen den Dritten zulässig sein, der bei Eingehung des Vertrages die Sachlage kannte (vgl. für früheres Recht **RG** 41, 263). Eine besondere Einschränkung der Befugnisse des Vormundes ist es, daß er ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Mündel zu wiederkehrenden Leistungen, insbesondere zu Leistungen aus einem Miet- oder Pachtvertrage, mag nun der Mündel Mieter oder Vermieter sein, zu Versicherungsbeiträgen, Unterhaltsbeiträgen nicht verpflichten kann, wenn das Vertragsverhältnis die Zeit der Volljährigkeit um mehr als ein Jahr überdauern soll (§ 1822 Nr 5 — vgl. auch hinsichtlich des Vormundes eines Volljährigen § 1902 Abs 2). Über die Fortdauer der Vertretungsmacht infolge Unkenntnis der Beendigung der Vormundschaft s. § 1893 und § 1682 A 1.

§ 1794

Das Recht und die Pflicht des Vormundes, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, erstreckt sich nicht auf Angelegenheiten des Mündels, für die ein Pfleger bestellt ist[1]).

E I 1650 II 1674 M 4, 1087 P 4, 755.

1. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob die Pflegschaft mit Recht angeordnet ist oder nicht (vgl. § 1628 A 1). Über die Fälle, in denen neben dem Vormunde **ein Pfleger** zu bestellen ist, s. §§ 1795, 1796 und 1909. Der Vormund ist in diesen Fällen nach § 1909 Abs 2 anzeigepflichtig.

§ 1795

Der Vormund kann den Mündel nicht vertreten:

1. **bei einem Rechtsgeschäfte zwischen seinem Ehegatten oder einem seiner Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Mündel anderseits, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht[2]);**
2. **bei einem Rechtsgeschäfte, das die Übertragung oder Belastung einer durch Pfandrecht, Hypothek oder Bürgschaft gesicherten Forderung des Mündels gegen den Vormund oder die Aufhebung oder Minderung dieser Sicherheit zum Gegenstande hat oder die Verpflichtung des Mündels zu einer solchen Übertragung, Belastung, Aufhebung oder Minderung begründet[3]);**
3. **bei einem Rechtsstreite zwischen den in Nr. 1 bezeichneten Personen sowie bei einem Rechtsstreit über eine Angelegenheit der in Nr. 2 bezeichneten Art[2]) [3]).**

Die Vorschrift des § 181 bleibt unberührt[1]).

E I 1651 Nr 1—3 II 1675 M 4, 1088 P 4, 756.

1. Die **Vertretungsbefugnis des Vormundes** (Pflegers) ist **nach der allgemeinen Regel des § 181** kraft Gesetzes **ausgeschlossen** bei Rechtsgeschäften (Rechtshandlungen) und Rechtsstreitigkeiten zwischen ihm und dem Mündel oder zwischen mehreren von ihm bevormundeten Mündeln oder zwischen dem Mündel und einer von dem Vormund in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter vertretenen Person. Auch in den beiden letzteren Fällen, in denen eine Doppelvertretung vorliegt, handelt es sich um ein unstatthaftes Vertragschließen mit sich selbst. Die Vertretungsbeschränkung ist nicht davon abhängig, daß ein sachlicher Interessengegensatz zwischen den mehreren Personen obwaltet. Diese müssen aber zu verschiedenen Vertragsparteien gehören. Mehrere Mündel, die zusammen auf der Verkäuferseite oder auf der Käuferseite stehen, können durch denselben Vormund vertreten werden (vgl. RJA 5, 25). Auch

bei Teilungen (Erbauseinandersetzungen) wird wegen Fehlens der Vertragsgegnerschaft die Doppelvertretung zuzulassen sein, wenn im Grunde die Teilung nur eine rechnerische ist, ohne daß Grundstücke usw. von einzelnen Teilnehmern übernommen werden. Die Vertretungsbeschränkung kann das Vormundschaftsgericht nicht dadurch beseitigen, daß es dem Vormunde unter Erweiterung seiner Vertretungsmacht über das Gesetz hinaus „gestattet" (vgl. § 181), im Namen des einen Mündels mit sich selbst als Vertreter des andern ein Rechtsgeschäft vorzunehmen und ebensowenig kann es durch nachträgliche Zustimmung dem Rechtsgeschäft Wirksamkeit verleihen (RG 71, 162). Ausgenommen von der Regel des § 181 sind nur Erfüllungsgeschäfte, die dem einen Teile unmittelbar das gewähren, worauf sein Anspruch geht. Wegen der Zulässigkeit eines solchen Erfüllungsgeschäfts ist der Vormund, wenn er einen Anspruch gegen den Mündel hat, darauf angewiesen, sich aus dem Vermögen des Mündels selbst zu befriedigen. Eine fernere Ausnahme ist es, daß die zum Vormunde des Mannes bestellte Ehefrau gemäß §§ 1409, 1457 die nach ehelichem Güterrecht erforderliche Zustimmung des Mannes sich selbst erteilen kann (s. hierüber § 1900 A 1). Das entgegen dem § 181 vorgenommene Rechtsgeschäft ist nicht nichtig, sondern nur unwirksam und kann deshalb durch Genehmigung des volljährig gewordenen Mündels Wirksamkeit erlangen (RG 67, 51; 68, 40; 71, 163; a. M. Staudinger A 4 a).

2. Mit der gleichen Ausnahme der Erfüllungsgeschäfte ist die Vertretungsbefugnis durch § 1795 Nr 1 und 3 dem Vormunde auch entzogen für Rechtsgeschäfte (Rechtshandlungen) und Rechtsstreitigkeiten **zwischen dem Mündel und den nächsten Verwandten des Vormundes** (dem Ehegatten und den Verwandten gerader Linie). Auf andere Verwandte ist die Vertretungsbeschränkung nicht ausgedehnt und darf, wenn nicht ein wirklicher Interessengegensatz vorliegt, auch nicht durch eine nach § 1796 ergehende Anordnung des Vormundschaftsgerichts ausgedehnt werden. Auch in den Fällen des § 1715 ist nicht Nichtigkeit, sondern Unwirksamkeit des Geschäfts anzunehmen (RG 68, 40).

3. Ist der Mündel wegen einer Forderung gegen den Vormund durch Pfandrecht, **Hypothek** — eine Grundschuld kann hierbei nicht in Betracht kommen — oder Bürgschaft gesichert, so soll diese **Sicherung** in keiner Weise weder durch Verfügung über das Pfandrecht, noch durch Verfügung über die Forderung irgendwie geschmälert werden dürfen. Die Vertretungsbefugnis des Vormundes ist deshalb durch § 1795 Nr 2 und 3 für derartige Verfügungen einschließlich der Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung und für Rechtsstreitigkeiten hierüber ausgeschlossen. Diese Vertretungsbeschränkung ist auch auf den in § 1795 Nr 2 nicht besonders vorgesehenen Fall der Genehmigung einer die persönliche Verbindlichkeit des Vormundes aufhebenden Schuldübernahme zu erstrecken, nicht aber auf die Verfügung über die Forderung nach Ausfall der Hypothek (RG 68, 37). Die Vertretungsbeschränkung greift bezüglich einer Sicherungshypothek, die für etwaige Ersatzansprüche gegen den Vormund bestellt ist, auch dann Platz, wenn ein solcher Anspruch noch nicht entstanden sein sollte.

§ 1796

Das Vormundschaftsgericht kann dem Vormunde die Vertretung für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten entziehen[1]).

Die Entziehung soll nur erfolgen, wenn das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Vormundes oder eines von diesem vertretenen Dritten oder einer der im § 1795 Nr. 1 bezeichneten Personen in erheblichem Gegensatze steht.

E I 1651 Nr 4 II 1676 M 4, 1092 P 4, 756, 877.

1. **Entziehung der Vertretung.** Das BGB stellt nicht den allgemeinen Grundsatz auf, daß der Vormund zur Vertretung des Mündels insoweit nicht befugt sei, als sein Interesse oder das Interesse seiner Verwandten mit dem Interesse des Mündels in Gegensatz steht. Es gestattet aber dem Vormundschaftsgericht, wegen eines solchen Interessengegensatzes dem Vormunde die Vertretungsbefugnis für die fraglichen Angelegenheiten zu entziehen. Aus andern Gründen darf sie nicht entzogen und — abgesehen von §§ 1801 und 1844 — die vormundschaftliche Gewalt nicht beschränkt werden. An Stelle der nach §§ 1666 ff. zulässigen Beschränkungen der elterlichen Gewalt greift hier das Recht ein, den Vormund nach § 1886 zu entlassen. Die nach § 1796 ausgesprochene Entziehung wird wirksam mit der Zustellung des Beschlusses an den Vormund (§ 16 FGG), nicht erst mit der Bestellung des Pflegers. Der Vormund hat nach § 1909 Abs 2 Anzeige zu erstatten, sobald ein derartiger Fall eintritt, der zur Bestellung eines Pflegers Anlaß geben kann.

1797

Mehrere Vormünder führen die Vormundschaft gemeinschaftlich. Bei einer Meinungsverschiedenheit entscheidet das Vormundschaftsgericht, sofern nicht bei der Bestellung ein anderes bestimmt wird [1]).

Das Vormundschaftsgericht kann die Führung der Vormundschaft unter mehrere Vormünder nach bestimmten Wirkungskreisen verteilen. Innerhalb des ihm überwiesenen Wirkungskreises führt jeder Vormund die Vormundschaft selbständig [1]).

Bestimmungen, die der Vater oder die Mutter für die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den von ihnen benannten Vormündern und für die Verteilung der Geschäfte unter diese nach Maßgabe des § 1777 getroffen hat, sind von dem Vormundschaftsgerichte zu befolgen, sofern nicht ihre Befolgung das Interesse des Mündels gefährden würde [2]).

E I 1652 II 1677 M 4, 1093 P 4, 756.

1. Werden **mehrere Vormünder** bestellt (vgl. § 1775 A 1), so kann dies in der Weise geschehen, daß jedem Vormunde ein besonderer Wirkungskreis zugewiesen wird. In diesem Falle ist jeder von dem andern unabhängig und zur Beaufsichtigung des andern nur bei Bestellung als Gegenvormund (§ 1792 Abs 3) verpflichtet. Ist dagegen den mehreren Vormündern die ungeteilte Verwaltung übertragen, was stets der Fall ist, wenn ein besonderer Wirkungskreis für den einzelnen Vormund nicht festgesetzt ist, so können sie nur gemeinschaftlich den Mündel vertreten und auch nur gemeinschaftlich für ihn Geschäfte besorgen. Die hierdurch entstehenden Schwierigkeiten werden dadurch gemildert, daß bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den mehreren Vormündern das Vormundschaftsgericht darüber entscheidet, welcher Meinung der Vorzug zu geben ist. Hält es keine der vertretenen Meinungen für gerechtfertigt, so muß es bei dem bisherigen Zustande verbleiben, soweit nicht das Vormundschaftsgericht Anlaß hat, wegen pflichtwidrigen Verhaltens einzuzuschreiten. Eine Ausnahme von dem Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit ist es, daß jeder der Vormünder selbständig das Recht der Beschwerde hat (§§ 58 Abs 1 FGG) und jeder selbständig der Abgabe der Vormundschaft an ein anderes inländisches Gericht oder einen ausländischen Staat widersprechen kann (§§ 46 Abs 2, 47 Abs 2 FGG). Aus der Ungeteiltheit der Verwaltung folgt, daß jeder der Vormünder den Stand der Verwaltung zu überwachen hat und wegen schuldhafter Vernachlässigung der Aufsichtspflicht für den von dem andern Vormunde zugefügten Schaden haftet (§ 1833 Abs 2). Mit Rücksicht hierauf kann trotz Vorhandenseins einer Vermögensverwaltung nach § 1792 Abs 2 von der Bestelllung eines Gegenvormundes abgesehen werden und ist die sonst bei Fehlen eines Gegenvormundes zu Verfügungen über das Kapitalvermögen von dem Vormundschaftsgericht zu erteilende Genehmigung nicht für erforderlich erklärt (§§ 1810 Satz 2, 1812 Abs 3). Ist von den mehreren Vormündern einer fortgefallen, so bleiben die übrigen Vormünder — vorausgesetzt, daß wenigstens noch zwei Vormünder vorhanden sind — zur gemeinschaftlichen Vertretung und Geschäftsführung berechtigt. Die Geschäftsverteilung kann endlich auch in der Weise gestaltet werden, daß einzelnen Vormündern ein besonderer Geschäftskreis, den andern Vormündern die ungeteilte Verwaltung zugewiesen wird, sodaß erstere innerhalb ihres beschränkten Geschäftskreises nur gemeinschaftlich mit den letzteren Vormündern (den Hauptvormündern) handeln können (a. M. Planck A 7). Wegen Aufnahme eines Vermerks über die Geschäftsverteilung in die Bestallung s. § 1791 A 1.

2. Ein Ausfluß des Rechts zur Benennung des Vormundes ist es, daß **Vater und Mutter des Mündels** unter den Voraussetzungen des § 1777 auch **berechtigt** sind, über die Geschäftsverteilung zwischen den von einem Elternteile benannten Vormündern **Bestimmungen zu treffen,** da andernfalls, wenn die Geschäftsverteilung vollständig dem Vormundschaftsgericht überlassen würde, der Zweck der Benennung leicht vereitelt werden könnte. Besondere Bestimmungen können sie auch darüber treffen, auf welchem Wege (vgl. Abs 1) die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten herbeigeführt werden soll. Die Grenze des Bestimmungsrechts ist, daß das Wohl des Mündels nicht gefährdet werden darf. Unverständige Bestimmungen sind deshalb von dem Vormundschaftsgericht nicht zu beachten.

§ 1798

Steht die Sorge für die Person und die Sorge für das Vermögen des Mündels verschiedenen Vormündern zu, so entscheidet bei einer Meinungsver-

schiedenheit über die Vornahme einer sowohl die Person als das Vermögen des Mündels betreffenden Handlung das Vormundschaftsgericht[1]**).**

E I 1653 II 1678 M 4, 1095 P 4, 757.

1. S. § 1629 A 1. § 1798 hat entsprechende Anwendung auch auf den Fall zu finden, daß eine **Meinungsverschiedenheit** lediglich auf vermögensrechtlichem Gebiete besteht, die sowohl den Wirkungskreis des Vormundes als des für bestimmte Vermögensangelegenheiten bestellten Pflegers berührt.

§ 1799

Der Gegenvormund hat darauf zu achten, daß der Vormund die Vormundschaft pflichtmäßig führt. Er hat dem Vormundschaftsgerichte Pflichtwidrigkeiten des Vormundes sowie jeden Fall unverzüglich anzuzeigen, in welchem das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berufen ist, insbesondere den Tod des Vormundes oder den Eintritt eines andern Umstandes, infolgedessen das Amt des Vormundes endigt oder die Entlassung des Vormundes erforderlich wird[1]**).**

Der Vormund hat dem Gegenvormund auf Verlangen über die Führung der Vormundschaft Auskunft zu erteilen und die Einsicht der sich auf die Vormundschaft beziehenden Papiere zu gestatten[2]**).**

E I 1654 Abs 1 II 1679 M 4, 1095 P 4, 757, 760.

1. Die **Überwachungspflicht des Gegenvormundes** erstreckt sich nur auf die Geschäftsführung des Vormundes, dem er beigeordnet ist, nicht auf die Geschäftsführung des an Stelle des Vormundes für bestimmte Angelegenheiten eingesetzten Pflegers. Wie weit diese Überwachung zu gehen hat, läßt sich nur nach Lage des einzelnen Falles bestimmen, wobei es namentlich auf die persönlichen Verhältnisse des Vormundes ankommt. Der Gegenvormund hat sich ebensowohl von Sorglosigkeit als von beleidigendem Mißtrauen fern zu halten. Ist die Geschäftsführung des Vormundes zu beanstanden, so hat der Gegenvormund, da er selbständige Anordnungen nicht treffen kann, dem Vormundschaftsgericht ohne schuldhaftes Zögern (§ 121) Anzeige zu erstatten. Diese Anzeigepflicht liegt dem Gegenvormunde auch dann ob, wenn ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts wegen Verhinderung oder wegen Wegfalls des Vormundes geboten ist. Gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch welche der Antrag des Gegenvormundes, gegen den Vormund wegen Pflichtwidrigkeit einzuschreiten oder ihn aus § 1886 zu entlassen, abgelehnt wird, steht dem Gegenvormund, der hier als Vertreter des Mündels handelt, die Beschwerde zu (§ 57 Abs 1 Nr 6 FGG; vgl. auch § 1821 A 2, § 1825 A 1 und § 1836 A 1). Desgleichen ist der Gegenvormund nach § 57 Abs 1 Nr 9 FGG beschwerdeberechtigt, wenn die Entscheidung eine persönliche Angelegenheit des Mündels betrifft. Bei der Verwaltung hat der Gegenvormund nur insofern mitzuwirken, als gewisse Rechtsgeschäfte seiner Genehmigung bedürfen (§§ 1809 bis 1813, 1824). Auch soll das Vormundschaftsgericht ihn, soweit tunlich, vor der Entschließung über Erteilung der Genehmigung hören (§ 1826). — Die Verrichtungen eines Pflegers kann der Gegenvormund, wenn ihm das Amt des Pflegers nicht besonders übertragen ist, nicht ausüben.

2. Um der Überwachungspflicht genügen zu können, darf der Gegenvormund **Einsicht der auf die Vormundschaft bezüglichen Papiere** und die sonst nötige **Auskunft** von dem Vormund fordern, womit ihm allerdings nicht ein Klagerecht gegen den Vormund gegeben ist. Das Vormundschaftsgericht kann den Vormund nur durch Aufsichtsmaßregeln zur Erfüllung dieser Pflicht anhalten. Zu dem gleichen Zwecke der Überwachung des Vormundes ist die Zuziehung des Gegenvormundes bei Aufnahme des Vermögensverzeichnisses (§ 1802) und bei Aufstellung der Rechnung (§ 1842) vorgeschrieben. In diesen Fällen hat der Gegenvormund, um die Richtigkeit des Verzeichnisses und der Rechnung nachprüfen zu können, den Vermögensbestand sich nachweisen zu lassen, welchen Nachweis er bei besonderem Anlaß auch sonst fordern kann.

§ 1800

Das Recht und die Pflicht des Vormundes, für die Person des Mündels zu sorgen, bestimmt sich nach den für die elterliche Gewalt geltenden Vorschriften der §§ 1631 bis 1633[1]**)**[2]**).**

E I 1655 II 1680 M 4, 1096 P 4, 757, 877.

1. Hinsichtlich der **Fürsorge für die Person des Mündels** ist der Vormund — abgesehen von dem weitergehenden Aufsichtsrecht des Vormundschaftsgerichts (vgl. § 1838 A 1)

— dem Inhaber der elterlichen Gewalt vollständig gleichgestellt. Der Vormund hat insbesondere ein unbedingtes Recht auf Herausgabe des Mündels (vgl. § 1632 A 1), ohne daß seiner Klage gegenüber eingewendet werden kann, daß der Mündel bei dem Vormunde nicht gut untergebracht sein würde. Er darf den Mündel bei sich in Pflege behalten und ist dann darauf angewiesen, Ersatz der Unterhaltskosten gemäß § 1835 zu fordern. Bei unvermögenden Mündeln liegt es dem Vormunde ob, die zur Erziehung notwendigen Mittel durch Anträge bei den Armenbehörden zu beschaffen. Ebenso wie der Inhaber der elterlichen Gewalt hat er auch das Recht zur Anwendung angemessener Zuchtmittel. Es wird ihm deshalb die Befugnis nicht abzusprechen sein, den Mündel wider seinen Willen in eine Besserungsanstalt oder wegen Trunksucht in eine Trinkerheilanstalt unterzubringen (bestr.). Immerhin erscheint es ratsam, daß der Vormund, bevor er solche Maßregeln trifft, mit dem Vormundschaftsgericht sich in Verbindung setzt (vgl. § 1838 A 1).

2. Die Fürsorge des Vormundes für die Person des Mündels wird ausgeschlossen durch das der **Mutter** im Falle der Minderjährigkeit und der Wiederverheiratung und das der unehelichen Mutter nach §§ 1696, 1697, 1707 zustehende Fürsorgerecht. Der Vormund hat in diesen Fällen, was die persönlichen Angelegenheiten des Mündels betrifft, nur die Stellung eines Beistandes. Beschränkt sich die elterliche Gewalt des Vaters gemäß § 1676 Abs 2 (wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit usw.) auf die Fürsorge für die Person des Kindes, so gebührt ihm dieses Recht nur neben dem Vormunde, dessen Ansicht bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet.

§ 1801

Die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels kann dem Vormund von dem Vormundschaftsgericht entzogen werden, wenn der Vormund nicht dem Bekenntnis angehört, in dem der Mündel zu erziehen ist[1]).

E II 1681 P 4, 758, 875.

1. Über die nach Landesrecht sich richtende **religiöse Erziehung** s. § 1631 A 2. Der Vormund hat dafür zu sorgen, daß der Mündel in dem Glaubensbekenntnis der Eltern und bei Kindern aus Mischehen in dem landesrechtlich bestimmten Bekenntnis erzogen wird. Eine Änderung dieses Bekenntnisses steht dem Vormunde niemals zu. Der Erziehung in dem vorgeschriebenen Bekenntnis darf nicht durch Teilnahme des Mündels am Gottesdienst einer andern Konfession oder durch entgegengesetzten häuslichen Unterricht entgegengewirkt werden. Dagegen ist es gestattet, daß, abgesehen von dem Religionsunterricht, der sonstige Unterricht dem Kinde in einer Schule anderer Konfession erteilt wird (OLG 7, 423). Gehört — was trotz § 1779 Abs 2 nicht unbedingt ausgeschlossen ist — der Vormund einem andern Bekenntnis wie der Mündel an, so kann den sich hieraus ergebenden Unzuträglichkeiten dadurch begegnet werden, daß das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen dem Vormunde die religiöse Erziehung entzieht. Der Vormund ist beschwerdeberechtigt nach § 20 FGG. Es steht ihm die einfache Beschwerde zu, da es sich nicht um seine Entlassung (§ 60 Abs 1 Nr 3 FGG), sondern um eine Einschränkung seiner Befugnisse handelt (KGJ 37 A 86).

§ 1802

Der Vormund hat das Vermögen, das bei der Anordnung der Vormundschaft vorhanden ist oder später dem Mündel zufällt, zu verzeichnen[1]) und das Verzeichnis, nachdem er es mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehen hat[2]), dem Vormundschaftsgericht einzureichen. Ist ein Gegenvormund[3]) vorhanden, so hat ihn der Vormund bei der Aufnahme des Verzeichnisses zuzuziehen; das Verzeichnis ist auch von dem Gegenvormunde mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen.

Der Vormund kann sich bei der Aufnahme des Verzeichnisses der Hilfe eines Beamten, eines Notars oder eines andern Sachverständigen bedienen[4]).

Ist das eingereichte Verzeichnis ungenügend, so kann das Vormundschaftsgericht anordnen, daß das Verzeichnis durch eine zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird[5]).

E I 1659 II 1582 M 4, 1099 P 4, 759, 760.

1. Die Aufzeichnung des Vermögens (vgl. § 1640 A 1) ist eine in der Natur der Verwaltung begründete, in jedem Falle zu erfüllende Pflicht. Verschieden hiervon ist die **Pflicht zur Einreichung des Vermögensverzeichnisses**, wodurch das Vormundschaftsgericht in den

Stand gesetzt werden soll, die Aufsicht über die Verwaltung zu führen. Auch von dieser Pflicht gibt es keine Befreiung. Selbst der Dritte, der dem Mündel Vermögen zuwendet, kann bezüglich dieses Vermögens den Vormund nicht von der Pflicht zur Einreichung des Vermögensverzeichnisses entbinden. Er kann auch nicht etwa anordnen, daß die Einreichung eines verschlossen bei den Akten aufzubewahrenden Verzeichnisses genügen soll. Über das dem Mündel erst später zugefallene Vermögen ist, wenn zu diesem Zeitpunkte das allgemeine Vermögensverzeichnis bereits eingereicht war, ein weiteres Verzeichnis einzureichen. Die Einreichung darf nicht bis zur Legung der Jahresrechnung aufgeschoben werden (bestr.). Tritt ein Wechsel in der Person des Vormundes ein, so braucht der neue Vormund über das zur Zeit der Übernahme der Vormundschaft vorhandene Vermögen nicht ein besonderes Verzeichnis einzureichen. Sache des bisherigen Vormundes oder seiner Erben ist es, die Schlußrechnung zu legen (§ 1890) und der neue Vormund hat sich zu vergewissern, daß er das in dieser Rechnung nachgewiesene Vermögen richtig ausgehändigt erhält. Daß die Pflicht zur Einreichung des Verzeichnisses auf das von dem Vormunde zu verwaltende Vermögen sich beschränkt, ist in § 1802 nicht bestimmt. Diese Einschränkung entspricht auch nicht der Natur der Sache. Der Vormund kann, auch wenn er das Vermögen des Mündels nicht in seiner Eigenschaft als Vormund, sondern aus anderem Rechtsgrunde verwaltet, sich regelmäßig der Verpflichtung nicht entziehen, dem Vormundschaftsgericht das zur wirksamen Aufsichtführung erforderliche Vermögensverzeichnis zu liefern (bestr.). Über den Umfang der Verzeichnungspflicht vgl. § 1640 A 1. Ist der Mündel an einer Gesellschaft beteiligt, so sind die sämtlichen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens in das Verzeichnis aufzunehmen (KGJ 37 A 24). In jedem Falle, auch wenn der Mündel nur ein Anrecht auf das im Besitze eines Dritten befindliche Vermögen hat, ist es Pflicht des Vormundes, über den Vermögensbestand sich möglichst Klarheit zu verschaffen, um die Rechte des Mündels erfolgreich wahrnehmen zu können und kann das Vormundschaftsgericht ihn zu dieser Tätigkeit anhalten. Sind mehrere Vormünder mit geteilter Verwaltung bestellt, so liegt einem jeden die Verzeichnung nur betreffs des Vermögens ob, das in seiner eigenen Verwaltung sich befindet.

2. Über die **Einrichtung des Verzeichnisses** und den Beweiswert seiner Angaben s. § 1640 A 2. Die Vorschrift des § 1640 Abs 1, daß bei Haushaltungsgegenständen die Angabe des Gesamtwerts genügt, ist auf das von dem Vormund einzureichende Verzeichnis nicht zu übertragen (a. M. Planck A 4; Staudinger A 4c). Selbstverständlich ist, daß nicht jeder ganz geringwertige Gegenstand besonders aufgeführt werden muß, daß hier vielmehr eine Zusammenfassung nach Gattungen unter Angabe des Gesamtwerts zulässig ist. Über die Pflicht zur Einreichung der Belege s. § 1839 A 1.

3. Der **Gegenvormund ist zuzuziehen,** damit er auf Grund eigener Prüfung in der Lage ist, die Richtigkeit und Vollständigkeit des Verzeichnisses bestätigen zu können. Glaubt er dieserhalb einen Vorbehalt machen zu müssen, so ist dies bei Abgabe der Versicherung zum Ausdrucke zu bringen. Aufgabe des Vormundschaftsgerichts ist es dann, eine Klarstellung der fraglichen Punkte herbeizuführen. Ist ein Gegenvormund nicht vorhanden, so braucht der Vormund mit der Aufnahme des Vermögensverzeichnisses nicht bis zur Bestellung des Gegenvormundes zu warten.

4. Der Vormund hat das Recht, sich zur Aufnahme des Verzeichnisses **sachverständiger Beihilfe** zu bedienen. Die hierdurch entstehenden Kosten fallen dem Mündel zur Last, vorausgesetzt, daß sie nicht das nach der Sachlage gerechtfertigte Maß übersteigen. Ist das Vermögen des Mündels ein so geringwertiges, daß die Kosten der Zuziehung eines Sachverständigen hierzu in keinem Verhältnis stehen, so wird der Vormund Ersatz der Kosten nicht fordern können.

5. Vgl. § 1640 A 3.

§ 1803

Was der Mündel von Todes wegen erwirbt oder was ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, hat der Vormund nach den Anordnungen des Erblassers oder des Dritten zu verwalten, wenn die Anordnungen von dem Erblasser durch letztwillige Verfügung, von dem Dritten bei der Zuwendung getroffen worden sind[1]).

Der Vormund darf mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts von den Anordnungen abweichen, wenn ihre Befolgung das Interesse des Mündels gefährden würde[2]).

Zu einer Abweichung von den Anordnungen, die ein Dritter bei einer Zuwendung unter Lebenden getroffen hat, ist, solange er lebt, seine Zustimmung erforderlich und genügend. Die Zustimmung des Dritten kann durch das Vor-

mundschaftsgericht ersetzt werden, wenn der Dritte zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist²).

E I 1660 II 1683 M 4, 1102 P 4, 760.

1. Das Vormundschaftsgericht hat von Amts wegen darauf zu achten, daß die **bei Zuwendungen durch einen Dritten von diesem getroffenen Verwaltungsanordnungen** zur Ausführung gebracht werden und hat nötigenfalls zu diesem Zwecke die ihm zu Gebote stehenden Zwangsmittel gegen den Vormund anzuwenden. Lehnt das Vormundschaftsgericht das Einschreiten ab, so ist der Dritte beschwerdeberechtigt, da er ein Recht auf den Schutz des Vormundschaftsgerichts hat (§ 20 FGG; vgl. § 57 Abs 1 Nr 6). In der Verwaltungsanordnung allein kann, da hiermit nur dem Vormunde, nicht dem Mündel eine Verpflichtung auferlegt wird, eine Beschränkung des Pflichtteilsrechts des Mündels (§ 2306) nicht gesehen werden. Anders, wenn die Anordnung, was zu prüfen bleibt, als eine nicht unter § 1803 fallende, den Mündel belastende Auflage oder Bedingung gemeint ist. Auf die Vertretungsmacht des Vormundes sind die Verwaltungsanordnungen des Dritten ohne jede Einwirkung, falls nicht etwa durch Bestellung eines Pflegers die Vertretungsmacht eingeschränkt ist. Dem Mündel gegenüber kann der Vormund, wenn er die im Interesse des Mündels angeordneten Beschränkungen nicht innehält, ersatzpflichtig werden. Über die Form der Anordnung s. § 1638 A 2, über eine das Verwaltungsrecht des Vormundes ausschließende Anordnung § 1909 A 3.

2. Die verbindende Kraft der Verwaltungsanordnung ist nur eine beschränkte. Bei Gefährdung der Interessen des Mündels **kann das Vormundschaftsgericht die Anordnung** gänzlich oder für bestimmte Fälle **außer Kraft setzen,** ohne daß dies gerade in der in § 1803 vorgeschriebenen Form der Ergänzung der Zustimmung des Dritten zu geschehen braucht. Bei Lebzeiten des Dritten darf die Außerkraftsetzung nur erfolgen, wenn dessen Zustimmung wegen dauernden Unbekanntseins seines Aufenthalts oder dauernder Verhinderung an Abgabe einer Erklärung nicht zu erlangen ist.

§ 1804

Der Vormund kann nicht in Vertretung des Mündels Schenkungen machen. Ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.

E I 1661 II 1684 M 4, 1106 P 4, 760.

1. Über den Begriff der **Schenkungen** und über das Verbot von **Freigebigkeiten** s. § 1641 A 1. Freigebigkeiten können nicht bloß aus sittlichen oder Anstandsrücksichten gerechtfertigt sein, z. B. kleine Nachlässe, die im geschäftlichen Leben üblich sind oder ein geschäftliches Entgegenkommen, das in der berechtigten Erwartung geübt wird, hierdurch späterhin größere geschäftliche Vorteile zu erlangen.

§ 1805

Der Vormund darf Vermögen des Mündels nicht für sich verwenden¹) ²).

E I 1662 II 1685 M 4, 1107 P 4, 760.

1. Dadurch, daß der **Vormund Vermögen des Mündels für sich verwendet,** wird das Interesse des Mündels nicht unter allen Umständen beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung würde nicht vorliegen, wenn mit Sicherheit erwartet werden darf, daß der Vormund ausreichenden Ersatz gewährt und seine Zahlungsfähigkeit unbedenklich ist. Immer aber liegt die Gefahr nahe, daß der Vormund die Gelegenheit benutzt, um unberechtigte Vorteile auf Kosten des Mündels zu gewinnen und daß durch die Vermengung des beiderseitigen Vermögens die Übersichtlichkeit verloren geht. Es ist deshalb das Verbot des § 1805 gegeben, dessen Verletzung den Vormund, wenn ein Schaden nachweisbar ist, zum Ersatz des Schadens verpflichtet und das dem Vormundschaftsgericht die Handhabe zum Einschreiten wegen Pflichtwidrigkeit (§ 1837) bietet. Eine Strafvorschrift, daß der Vormund bei Verwendung des Mündelgeldes in seinen Nutzen einen bestimmten höheren Zinssatz zu zahlen hat (vgl. § 40 Abs 1 der Pr. VO) ist von dem BGB nicht aufgestellt. Das Gesetz begnügt sich, für diesen Fall die Verzinsungspflicht des Vormundes auszusprechen (§ 1834 A 1).

2. Eine Erweiterung des Grundsatzes des § 1805 dahin, daß dem Vormunde unter allen Umständen auch die **Verwendung von Dienstleistungen** des Mündels in eigenen Nutzen verboten sein soll, erscheint nicht gerechtfertigt. Es ist nichts dagegen zu erinnern, wenn der Vormund, der den Mündel zu sich in Pflege genommen hat, sich in gleicher Weise Dienste von ihm gewähren läßt, wie sie die Eltern von den Kindern zu verlangen pflegen, da auf diese Weise die dem Vormunde gestellte erzieherische Aufgabe regelmäßig am besten gelöst wird (a. M. anscheinend die herrschende Ansicht). Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn der Vormund den Mündel in seinem Geschäft als Lehrling ausbildet. Pflichtwidrig würde der Vor-

mund nur handeln, wenn er zu eigennützigen Zwecken die Arbeitskraft des Mündels ausnutzen würde. Für Dienste, die bezahlt zu werden pflegen, hat er dem Mündel angemessene Vergütung zu gewähren.

§ 1806

Der Vormund hat das zum Vermögen des Mündels gehörende Geld verzinslich anzulegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu halten ist[1]).

E I 1664 Abs 1 II 1687 Abs 1 M 4, 1108 P 4, 760.

1. Die §§ 1806 bis 1820 behandeln die Pflichten des Vormundes auf dem Gebiete der Kapitalverwaltung. Diese bestehen namentlich in der sicheren zinstragenden Anlegung des Geldes (§§ 1806 bis 1811) und der sicheren Aufbewahrung der Wertpapiere (§§ 1814 bis 1820). Eine schuldhafte Verletzung der in § 1806 ausgesprochenen **Pflicht zur verzinslichen Anlegung** macht den Vormund ersatzpflichtig, wobei es aber nicht ohne weiteres als Verschulden anzusehen ist, wenn der Vormund die Anlegung nicht sofort bewirkt. Eine gewisse Frist muß ihm zur Überlegung und Ausführung gelassen werden. Zur verzinslichen Anlegung ist der Vormund ferner nicht verpflichtet, soweit er das Geld für Ausgaben, die in nächster Zeit zu bestreiten sind, bereit halten muß. Er kann in diesem Falle je nach Bewandtnis der Umstände gänzlich von der Anlegung absehen oder sie abweichend von den Vorschriften der §§ 1807 bis 1809 bewirken, muß aber bei dieser andern Anlegung mit der nach § 1833 gebotenen Sorgfalt handeln.

§ 1807

[1])Die im § 1806 vorgeschriebene Anlegung von Mündelgeld soll nur erfolgen:

1. in Forderungen, für die eine sichere Hypothek an einem inländischen Grundstücke besteht, oder in sicheren Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken;

2. in verbrieften Forderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat sowie in Forderungen, die in das Reichsschuldbuch oder in das Staatsschuldbuch eines Bundesstaats eingetragen sind;

3. in verbrieften Forderungen, deren Verzinsung von dem Reiche oder einem Bundesstaate gewährleistet ist;

4. in Wertpapieren, insbesondere Pfandbriefen, sowie in verbrieften Forderungen jeder Art gegen eine inländische kommunale Körperschaft oder die Kreditanstalt einer solchen Körperschaft, sofern die Wertpapiere oder die Forderungen von dem Bundesrate zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt sind;

5. bei einer inländischen öffentlichen Sparkasse, wenn sie von der zuständigen Behörde des Bundesstaats, in welchem sie ihren Sitz hat, zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt ist.

Die Landesgesetze können für die innerhalb ihres Geltungsbereichs belegenen Grundstücke die Grundsätze bestimmen, nach denen die Sicherheit einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld festzustellen ist.

E I 1664 Abs 1 II 1687 Abs 1 M 4, 1108 P 4, 760.

1. Durch die Befolgung der in den §§ 1807 und 1808 enthaltenen Vorschriften über die **Anlegung von Mündelgeld** wird der Vormund der Pflicht zur Betätigung der in § 1833 vorgeschriebenen Sorgfalt noch nicht überhoben. Er bleibt verantwortlich, wenn er erkennen konnte, daß die vom Gesetz zugelassene Anlage im einzelnen Falle ausnahmsweise keine Sicherheit gewährt. Auch wenn eine ordnungsmäßige Grundstückstaxe vorliegt, hat er ihm bekannte Umstände, die gegen die Richtigkeit der Taxe sprechen, zu berücksichtigen (**RG** JW 10, 708[12]). Der Vormund hat ferner mit der gehörigen Sorgfalt unter den vom Gesetz zugelassenen Anlegungsarten die Auswahl zu treffen, und wird z. B. die Anlegung auf Sparkasse, falls hierfür nicht besondere Gründe sprechen, nicht wählen dürfen, wenn er Gelegenheit hat, besser verzinsliche Staatsschuldverschreibungen zu erwerben. Keine Anwendung finden die §§ 1807, 1808 auf die zur Zeit der Einleitung der Vormundschaft bereits vorhandenen Anlagen. Entsprechen diese nicht den bezeichneten Vorschriften, so hat der

Vormund nicht etwa die unbedingte Pflicht, die Anlegung rückgängig zu machen und eine vorschriftsmäßige Neuanlegung zu bewirken, was mit großen Verlusten für den Mündel verbunden sein könnte. Er hat vielmehr als verständiger Mann (§ 1833) die dem Mündel drohende Gefahr und die Nachteile der veränderten Anlegung gegeneinander abzuwägen und danach seine Entschließung zu treffen (KG in RJA 4, 5). Die gesetzwidrige Anlegung des Mündelgeldes verpflichtet den Vormund, jeden aus dieser Anlegung entstehenden Schaden zu tragen. Es kann auch die Änderung der Anlegung verlangt werden. — Die §§ 1807, 1808 haben übrigens eine über das Vormundschaftsgericht hinausgehende Bedeutung. Sie bilden zugleich die Norm für die Anlegung des Geldes im Verhältnis des Nießbrauchers zum Eigentümer, des Pfandgläubigers zum Gläubiger der verpfändeten Forderung, des Vorerben zum Nacherben, des Ehemanns zur Frau und des Gewalthabers zum Kinde (§§ 1079, 1288 Abs 1, 2119, 1377 Abs 2, 1525 Abs 2, 1642; vgl. auch §§ 234 Abs 1, 238 Abs 1) und haben auch für andere nicht im BGB geordnete Rechtsverhältnisse (vgl. § 40 KrankVersG) Bedeutung.

Zu Nr 1: Als mündelsicher wird regelmäßig nur diejenige Anlage angesehen, deren Sicherheit auf der Belastung von Grundstücken oder der Haftung eines Gemeinwesens beruht. Was die Grundstückssicherheit betrifft, so ist es gleichgültig, welche Form der Belastung (**Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld**) gewählt ist. Der Grundbesitz muß aber im Inlande belegen sein. Die Belastung darf ferner nach Maßgabe der landesgesetzlichen Vorschriften (§ 1807 Abs 2) einen gewissen Teil des Grundstückswertes (meist 1/2 oder 2/3) nicht übersteigen. Maßgebend sind hierfür die Vorschriften des Bundesstaates, in dem der zu beleihende Grundbesitz belegen ist. Die Vorschriften dieses Bundesstaates entscheiden auch darüber, in welcher Weise der Grundstückswert zu ermitteln ist. Zur Beleihung sind auch das Erbbaurecht (§ 1017) und die nach Landesrecht (s. namentlich Artt 63 und 68 EG) den Grundstücken gleichstehenden Berechtigungen geeignet (vgl. den Aufsatz in Pr. JMBl 02, 6 ff. — anders hinsichtlich der Bergwerke § 12 Abs 3 HypBankG). Bei der Beleihung ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß das Mündelgeld vor Erlöschen des Rechts abgetragen wird. Die Sicherheit einer solchen Anlage hat der Vormund in Ermangelung allgemeiner Bestimmungen nach den Umständen des einzelnen Falles sorgfältig zu prüfen. Das Schiffspfandrecht ist der Grundstücksbelastung nicht gleichgestellt.

Zu Nr 2—4: Was die auf der Haftung eines Gemeinwesens beruhende Mündelsicherheit betrifft, so genügt stets die **Haftung des Reiches oder eines Bundesstaates** für eine Forderung (nicht für ein Anteilsrecht) und zwar genügt es, wenn die Haftung auch nur für die Zinsen der Forderung übernommen ist. Mündelsicher sind z. B. die Rentenbriefe der Pr. Rentenbanken, für deren Verpflichtungen Preußen nach § 3 G v. 2. 3. 50 die Gewähr übernommen hat. Über die Forderung muß im Interesse der Erleichterung des Beweises eine Urkunde ausgestellt sein (verbriefte Forderung) oder es muß, was dem gleichwertig ist, die Forderung in das Reichsschuldbuch oder das Staatsschuldbuch (vgl. § 1815 A 2) eingetragen sein. Verbriefte Forderungen gegen eine inländische **kommunale Körperschaft** oder die Kreditanstalt einer solchen können von dem Bundesstaat zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt werden. Dies ist laut der Bekanntmachung vom 7. 7. 01 geschehen unter Aufstellung des weiteren Erfordernisses, daß die Forderung entweder seitens des Gläubigers kündbar sein muß, oder einer regelmäßigen Tilgung unterliegen muß. Der Bundesrat ist ferner ermächtigt, Wertpapiere jeder Art (das sind Urkunden, welche das Forderungsrecht oder Anteilsrecht derart verkörpern, daß die Geltendmachung des Rechts an den Besitz der Urkunde geknüpft ist) für mündelsicher zu erklären, welche Erklärung jederzeit auch wieder zurückgenommen werden kann. Von dieser Ermächtigung hat der Bundesrat bisher nur in wenigen Fällen und zwar zugunsten öffentlicher Körperschaften (s. Bek. v. 22. 3. 01, 28. 12. 01, 18. 3. 05) und zugunsten der Deutsch-Ostafrikanischen Gesellschaft (Bek. v. 24. 8. 03) Gebrauch gemacht. Der Bundesrat würde nicht gehindert sein, auch ausländische Wertpapiere für mündelsicher zu erklären. Daneben bleiben gemäß Art 212 EG die bisherigen landesgesetzlichen Vorschriften für das Gebiet des betreffenden Bundesstaates in Kraft, nach welchen gewisse Wertpapiere zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt sind. Solche Bestimmungen sind namentlich ergangen über Schuldverschreibungen der Gemeinden und Kirchengemeinden, über Pfandbriefe und Kommunalobligationen der Hypothekenbanken (vgl. über letztere § 35 Nr 2, 41 des vom Reiche erlassenen HypBankG v. 13. 7. 99).

Zu Nr 5: Die Anlegung des Mündelgeldes bei einer öffentlichen, d. i. von einer öffentlichen Körperschaft innerhalb ihres Wirkungskreises errichteten **Sparkasse** ist jetzt — entgegen § 39 der Pr. VO — unbeschränkt zugelassen, mit dem Vorbehalt jedoch, daß sie von der zuständigen Behörde, da die Verhältnisse bei den einzelnen Sparkassen sehr verschieden liegen, zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt ist. Als öffentliche Sparkasse wird in Preußen nach der Übung der Behörden (vgl. Vfg des JM und MdJ v. 27. 7. 00 im MBl der inn. Verw. S 225) auch diejenige Sparkasse angesehen, für deren Verbindlichkeiten eine Körperschaft des öffentlichen Rechts die Haftung übernommen hat.

§ 1808

Kann die Anlegung den Umständen nach nicht in der im § 1807 bezeichneten Weise erfolgen, so ist das Geld bei der Reichsbank, bei einer Staatsbank oder bei einer andern durch Landesgesetz dazu für geeignet erklärten inländischen Bank[1]) oder bei einer Hinterlegungsstelle[2]) anzulegen.

E I 1665 II 1688 M 4, 1116 P 4, 773; 5, 146.

1. Die **Anlegung bei einer Bank** darf nur **aushilfsweise** erfolgen, wenn die Anlegung nach § 1807 nicht tunlich ist, und nur solange bestehen bleiben, bis die der ordentlichen Anlegung vorläufig entgegenstehenden Hindernisse fortgefallen sind (a. M. in letzterer Hinsicht Planck A 1). Da die Reichsbank nach der Bek v. 3. 12. 78 mit der Annahme verzinslicher Geldeinlagen sich nicht befaßt, so verbleiben zur Anlegung von Mündelgeld nur die Staatsbanken, nämlich die preußische Seehandlung und die Bayerische Bank in Nürnberg, soweit nicht landesgesetzlich andere Banken innerhalb des betreffenden Bundesstaates für geeignet erklärt sind. Regelmäßig sind nur öffentliche Banken hierfür ausgewählt. Eine derartige Beschränkung ist aber in § 1808 nicht getroffen. Für Preußen sind unter gewissen Voraussetzungen (Art 76 Abs 1 AG) auch Privatbanken zugelassen. Ist landesgesetzlich eine Bank für geeignet erklärt, so gilt dies für ganz Deutschland, also auch für die in einem andern Bundesstaate geführten Vormundschaften.

2. Die Zuständigkeit der **Hinterlegungsstellen** zur Annahme von Mündelgeld kann nach Art 144 EG durch die Landesgesetzgebung ausgeschlossen werden, was seitens der meisten Bundesstaaten geschehen ist.

§ 1809

Der Vormund soll Mündelgeld nach § 1807 Abs. 1 Nr. 5 oder nach § 1808 nur mit der Bestimmung anlegen, daß zur Erhebung des Geldes die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist[1]).

E I 1666 Abs 2 II 1689 Abs 2 M 4, 1119 P 4, 777.

1. Hinsichtlich der **Erhebung des Mündelgeldes** trifft das Gesetz Vorsorge, daß der Vormund das nach § 1807 Abs 1 Nr 5 oder § 1808 bei der Sparkasse oder einer Bank angelegte Geld — entsprechend dem allgemeinen Grundsatz des § 1812 — nur mit Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts zurückgezahlt erhalten kann, ohne daß die Anstalt durch Ausgabe von Legitimationspapieren (Sparkassenbuch, Depotschein usw.) sich der Prüfung der Legitimation des Vormundes entziehen kann. Um dies zu erreichen, ist es, da eine Außerkurssetzung jetzt nicht mehr stattfindet (Art 176 EG), dem Vormunde zur Pflicht gemacht, mit der Sparkasse oder Bank bei Anlegung des Mündelgeldes die in § 1809 vorgeschriebene B e s t i m m u n g zu vereinbaren. Würde diese hierauf nicht eingehen, so würde es dem Vormunde verwehrt sein, Mündelgelder bei ihr anzulegen. Die Vereinbarung hat zur Folge, daß die in den §§ 1812, 1813 festgesetzte Verfügungsbeschränkung des Vormundes auch der Sparkasse oder Bank gegenüber Geltung erlangt. An die Vereinbarung ist die Anstalt gebunden, auch wenn das Legitimationspapier nicht mit einem der Vereinbarung entsprechenden Sperrvermerke versehen wird. Anders ist es, wenn satzungsmäßig die Beifügung des Sperrvermerks zur Gültigkeit der Verfügungsbeschränkung notwendig ist (vgl. **RG** JW 10, 289[22]). Ist die Vereinbarung einmal getroffen worden, so hat der Vormund nicht die Macht, ohne die Genehmigung des Gegenvormundes oder Vormundschaftsgerichts die Beschränkung durch neue Vereinbarung wieder aufzuheben, da hierin eine genehmigungsbedürftige Verfügung im Sinne des § 1812 liegen würde. Die Vorschrift des § 1812 hat selbstverständlich keine Geltung, wenn der Vormund von der Notwendigkeit der Genehmigung des Gegenvormundes befreit ist (§ 1852); sie gilt auch nicht, soweit der Vormund nach § 1806 (vgl. A 1 hierzu) zur verzinslichen Anlegung des Mündelgeldes nicht verpflichtet ist. Ein von dem Vormundschaftsgericht in das Sparkassenbuch aufgenommener Sperrvermerk würde für die Sparkasse nur verbindlich sein, wenn sie einer solchen Bestimmung sich unterworfen hat (vgl. Planck A 3). Mit der Beendigung der Vormundschaft erlischt die Beschränkung des § 1809.

§ 1810

Der Vormund soll die in den §§ 1806 bis 1808 vorgeschriebene Anlegung nur mit Genehmigung des Gegenvormundes bewirken; die Genehmigung des Gegenvormundes wird durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt[1]). Ist ein Gegenvormund nicht vorhanden, so soll die Anlegung nur mit

Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfolgen, sofern nicht die Vormundschaft von mehreren Vormündern gemeinschaftlich geführt wird[2]).

E I 1666 Abs 1 II 1689 Abs 1 M 4, 1117 P 4, 777; 6, 306.

1. Die **Genehmigung des Gegenvormundes** ist nicht bloß erforderlich für Verfügungen über Kapitalien (§ 1812), sondern auch für die Kapitalanlegung (nicht für die nur vorübergehende Anlegung des zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu haltenden Geldes nach § 1806). Sie hat jedoch hier nicht die Bedeutung, daß die Gültigkeit der Anlegung von der Erteilung der Genehmigung abhängt, was nur zum Nachteil des Mündels sein würde. Es ist nur eine Sollvorschrift gegeben, deren Nichtbeachtung den Vormund, unter Umständen auch den Gegenvormund, wenn dieser an einer Überwachung des Vormundes es hat fehlen lassen, verantwortlich macht. Kann sich der Vormund mit dem Gegenvormunde nicht über die Anlegung oder die Art der Anlegung einigen, so kann er die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts anrufen, dessen Genehmigung die des Gegenvormundes und zwar auch in dem Falle einer nach § 1809 getroffenen Vereinbarung ersetzt (vgl. § 1812 Abs 2). Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts tritt nach § 53 FGG erst mit Rechtskraft des Beschlusses in Wirksamkeit (bestr.).

2. Gegenüber dem früheren Recht ist es eine zweckmäßige Neuerung, daß an Stelle der Genehmigung des Gegenvormundes, wenn ein solcher nicht vorhanden ist, die **Genehmigung des Vormundschaftsgerichts** tritt (so auch § 1812 Abs 3). Hierdurch wird die Erörterung der oft recht zweifelhaften Frage erspart, ob eine Vermögensverwaltung im Sinne des § 1792 Abs 2 vorliegt und aus diesem Grunde ein Gegenvormund bestellt werden muß. Trotz Nichtvorhandenseins eines Gegenvormundes ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts entbehrlich, wenn mehreren Vormündern die gemeinschaftliche Verwaltung obliegt und sich aus diesem Grunde die Bestellung eines Gegenvormundes erübrigt hat (§ 1797 A 1). Eine Befreiung von der Notwendigkeit der in § 1810 vorgeschriebenen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist in § 1852 nicht zugelassen.

§ 1811

Das Vormundschaftsgericht kann aus besonderen Gründen dem Vormund eine andere Anlegung als die in den §§ 1807, 1808 vorgeschriebene gestatten[1]).

E I 1667 II 1690 M 4, 1120 P 4, 779.

1. Eine **andere Anlegung** kann dem Vormund immer nur für den einzelnen Fall **gestattet** werden, nachdem der Gegenvormund, soweit tunlich, vorher gehört ist (vgl. § 1826). Eine allgemeine Befreiung von der Pflicht zur Beobachtung der §§ 1807 und 1808 ist unzulässig. Zur Gestattung kann es nicht genügen, daß das Vormundschaftsgericht die andere Anlegung für unbedingt sicher hält. Es müssen vielmehr besondere Umstände hinzukommen, nach denen sie zur Vermeidung erheblicher Nachteile, die sonst den Mündel treffen würden, gerechtfertigt erscheint. Die Motive (4, 1120) verweisen auf den Fall, daß der Mündel ausländische Werte ererbt hat und die weitere Anlegung von Mündelgeld in diesen Werten durch Nachzahlungen oder durch Ausübung eines Bezugsrechts nötig wird oder daß zur Erhaltung des ausländischen Grundbesitzes des Vaters oder der Mutter, aus dem zugleich die Mittel für den Unterhalt des Mündels gewonnen werden, auf diese Grundstücke Geld gegen Hypothek aufgenommen werden soll. Durch die Gestattung wird der Vormund von der Pflicht, bei der anderweiten Anlegung mit der gehörigen Sorgfalt (§ 1833) zu verfahren, nicht befreit. Die anderweite Anlegung ist immer nur zulässig, wenn sie für den Mündel genügende Sicherheit bietet.

§ 1812

Der Vormund kann über eine Forderung[1]) oder über ein anderes Recht, kraft dessen der Mündel eine Leistung verlangen kann, sowie über ein Wertpapier des Mündels nur mit Genehmigung des Gegenvormundes verfügen[2]), sofern nicht nach den §§ 1819 bis 1822 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist. Das Gleiche gilt von der Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung[2]).

Die Genehmigung des Gegenvormundes wird durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt[3]).

Ist ein Gegenvormund nicht vorhanden, so tritt an die Stelle der Genehmigung des Gegenvormundes die Genehmigung des Vormundschafts-

gerichts, sofern nicht die Vormundschaft von mehreren Vormündern gemeinschaftlich geführt wird[3]).

E I 1669 Abs 1 und 3 II 1692 M 4, 1121 P 4, 731.

1. Zu den geldwerten **Forderungen**, über welche der Vormund nur mit Genehmigung des Gegenvormundes verfügen kann, gehören schuldrechtliche Ansprüche jeder Art, auch Entschädigungsansprüche und die Ansprüche aus einem Gemeinschaftsverhältnis. Wenn § 1812 von einem **Recht auf Leistung** spricht, so sind doch hierunter Ansprüche auf Herausgabe von Grundstücken und dergleichen, wie schon aus § 1821 Nr 2 zu entnehmen ist, nicht zu verstehen, da diese nicht zu dem Kapitalvermögen, sondern zu dem Grundstücksvermögen gerechnet werden. Umgekehrt fallen dingliche Ansprüche aus Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Reallasten als zum Kapitalvermögen gehörig, wie in § 1821 Abs 2 bestimmt ist, nicht unter § 1821 Nr 1, sondern unter § 1812. Ebenfalls unter § 1812 fällt das Recht an einem **Wertpapier** (vgl. über dessen Begriff § 1807 zu Nr 2—4). Auch über die zu einem Nachlaß gehörigen Forderungen kann der Vormund des Miterben nicht ohne Genehmigung des Gegenvormundes verfügen (vgl. § 1821 A 3). Sind Wertpapiere, Hypothekenbriefe usw. nach §§ 1814, 1818 hinterlegt oder ist das Inhaberpapier auf den Namen des Mündels umgeschrieben, so bedarf es ausnahmsweise zur Verfügung über das Wertpapier oder die Forderung nach §§ 1819, 1820 statt der Genehmigung des Gegenvormundes der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

2. Als **Verfügung** über eine Forderung (vgl. Vorbem 7 vor § 104) stellt sich eine jede rechtsgeschäftliche Handlung dar, durch die das Gläubigerrecht aufgehoben oder gemindert wird. Eine Verfügung ist nicht bloß die Abtretung der Forderung, sondern auch die Bewilligung, daß die Schuld an einen Dritten gezahlt werden darf. Als Verfügung ist zu erachten auch die Einziehung der Forderung und zwar sowohl die Kündigung, durch welche die Forderung zu einer einziehbaren gemacht wird, als die Annahme der Leistung, wodurch die Forderung zum Erlöschen gebracht wird, mag nun die Leistung von dem Gläubiger eingefordert oder von dem Schuldner angeboten sein. Die Genehmigungsbedürftigkeit der Annahme ist jedoch in § 1813 in verschiedenen Beziehungen eingeschränkt. Unter den Begriff der Verfügung fällt auch die Aufrechnung. Keine Verfügung ist die Prozeßführung — abgesehen natürlich von den rechtsgeschäftlichen Handlungen des Anerkenntnisses, des Verzichtes oder Vergleichs — ebensowenig die in ihren Wirkungen der Klageerhebung nahestehende Mahnung oder die Durchführung der Zwangsvollstreckung. Gerade mit Rücksicht auf letzteren Umstand ist bereits das die Verpflichtung zur Verfügung begründende Rechtsgeschäft für genehmigungsbedürftig erklärt, da sonst aus einem solchen Rechtsgeschäft die Vornahme der Verfügung erzwungen werden könnte. Die Bestimmung über die von den Dienstverpflichteten zu leistenden Dienste und die Annahme der Dienste ist als Verfügung über eine Forderung nicht anzusehen.

3. Darüber, daß die **Genehmigung des Vormundschaftsgerichts** die Genehmigung des Gegenvormundes ersetzt und daß bei Nichtvorhandensein eines Gegenvormundes, falls nicht mehrere Vormünder zur gemeinschaftlichen Verwaltung bestellt sind, die sonst dem Gegenvormund zustehende Genehmigung von dem Vormundschaftsgericht erteilt wird s. § 1810 A 1 und 2. In manchen Fällen wird es sich übrigens empfehlen, daß die Genehmigung, wenn schon sie von dem Gegenvormund bereits erteilt ist, auch noch von dem Vormundschaftsgericht ausgesprochen wird, so z. B. zur Erleichterung des Ausweises im Rechtsverkehr mit dem Auslande. — Über die rechtliche Natur der Genehmigung s. § 1821 A 1; über den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Genehmigung s. § 1832 und § 1828 A 1.

§ 1813

Der Vormund bedarf nicht der Genehmigung des Gegenvormundes zur Annahme einer geschuldeten Leistung:

1. **wenn der Gegenstand der Leistung nicht in Geld oder Wertpapieren besteht**[1]);
2. **wenn der Anspruch nicht mehr als dreihundert Mark beträgt**[2]);
3. **wenn Geld zurückgezahlt wird, das der Vormund angelegt hat**[3]);
4. **wenn der Anspruch zu den Nutzungen des Mündelvermögens gehört**[1]);
5. **wenn der Anspruch auf Erstattung von Kosten der Kündigung oder der Rechtsverfolgung oder auf sonstige Nebenleistungen gerichtet ist**[1]).

Die Befreiung nach Abs. 1 Nr. 2, 3 erstreckt sich nicht auf die Erhebung von Geld, bei dessen Anlegung ein anderes bestimmt worden ist[2]). **Die Be-**

freiung nach Abs. 1 Nr. 3 gilt auch nicht für die Erhebung von Geld, das nach § 1807 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 angelegt ist[3]).

E I 1669 Abs 2 II 1693 M 4, 1121 P 4, 782; 6, 307.

1. Die Notwendigkeit der **Genehmigung des Gegenvormundes zur Annahme einer Leistung** (vgl. § 1812 A 2) ist entsprechend dem praktischen Bedürfnis **auf die Annahme des eigentlichen Kapitals beschränkt.** Die Genehmigung ist nicht erforderlich zur Annahme von Nutzungen des Kapitals, zur Annahme von Nebenleistungen, wie Kosten und Schäden, die neben dem Kapital zu leisten sind, und zur Annahme anderer Gegenstände als Geld und Wertpapiere. Zu den Nutzungen gehören auch die auf Grund einer Reallast zu entrichtenden einzelnen Renten. Über den Begriff der Nebenleistungen s. § 224 A 1. Die bei Amortisationshypotheken zu entrichtenden wiederkehrenden Beträge sind zu den Nebenleistungen auch insoweit zu rechnen, als sie nicht zur Berichtigung der Zinsen, sondern zur allmählichen Tilgung des Kapitals bestimmt sind. Was endlich den Gegenstand der Leistung betrifft, so kommt es nicht darauf an, worauf ursprünglich der Anspruch ging, sondern darauf, was zur Tilgung des Anspruchs geleistet ist, wenn auch die Leistung nur an Erfüllungsstatt erfolgt ist (a. M. in letzterer Hinsicht Staudinger A 1a). Die Entbehrlichkeit der Genehmigung des Gegenvormundes zur Annahme hat zur Folge, daß diese Genehmigung auch zur Kündigung (vgl. § 1812 A 2) nicht erforderlich ist (bestr.).

2. Diese Ausnahme ist lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen gemacht, um eine zu große Belästigung des Vormundes zu vermeiden. Für maßgebend erklärt ist nicht der Wert des Geleisteten, sondern der **Wert des Anspruchs** zur Zeit der Leistung — ohne Hinzurechnung der Nebenleistungen —, damit der Vormund nicht etwa die Freiheit von der Mitwirkung des Gegenvormundes sich dadurch verschaffen kann, daß er das Kapital von mehr als 300 *M.* in kleineren Beträgen sich zurückzahlen läßt. Die Bestimmung der Nr 2, die nicht zwingender Art ist, schließt eine abweichende Vereinbarung des Vormundes mit dem Schuldner nicht aus und kommt nicht zur Anwendung, wenn gemäß § 1809 die Genehmigung des Gegenvormundes zur Erhebung des bei einer Sparkasse (§ 1807 Nr 5) oder einer Bank (§ 1808) angelegten Geldes ohne Beschränkung des Betrages vorbehalten ist. Der Vormund hat aber nicht nötig, die Genehmigung des Gegenvormundes zur Gelderhebung auszubedingen, wenn es sich insgesamt um eine Forderung von nicht über 300 *M.* handelt (anders anscheinend die herrschende Meinung).

3. Eine weitere Ausnahme besteht nach Nr 3 in Verbindung mit Abs 2 darin, daß der Vormund das von ihm angelegte Geld, das in einer von §§ 1807 und 1808 abweichenden Art oder bei einer **Sparkasse** (§ 1807 Nr 5) oder einer **Bank** (§ 1808) ohne die im § 1809 vorgesehene Bestimmung angelegt ist, ohne Genehmigung des Gegenvormundes sich zurückzahlen lassen kann. Diese Ausnahme wird hauptsächlich in dem Falle praktisch, daß der Vormund Geld verzinslich angelegt hat, ohne daß er nach § 1806 hierzu verpflichtet war.

§ 1814

Der Vormund hat die zu dem Vermögen des Mündels gehörenden Inhaberpapiere nebst den Erneuerungsscheinen bei einer Hinterlegungsstelle oder bei der Reichsbank[2]) mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe der Papiere nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verlangt werden kann[3]). Die Hinterlegung von Inhaberpapieren, die nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen gehören, sowie von Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheinen ist nicht erforderlich. Den Inhaberpapieren stehen Orderpapiere gleich, die mit Blankoindossament versehen sind[1]).

E I 1670 Abs 1 II 1694 M 4, 1129 P 4, 783 ff.; 6, 310.

1. Die dem Vormunde obliegende allgemeine Pflicht, die Vermögensgegenstände des Mündels sicher aufzubewahren, wird hinsichtlich der **Inhaberpapiere** — deren Außerkurssetzung nicht mehr möglich ist (Art 176 EG) — dadurch verschärft, daß dem Vormunde die **Hinterlegung** zur Pflicht gemacht ist. Über den Begriff der Inhaberpapiere s. Vorbem 1 vor § 793. Den Inhaberpapieren sind gleichgestellt die mit Blankoindossament versehenen Orderpapiere (vgl. §§ 363 ff. HGB; Artt 9 und 12 WO). Die Hinterlegungspflicht erstreckt sich auch auf die Erneuerungsscheine (Talons), nicht auf Zins-, Renten- und Gewinnanteilsscheine, da nur das Kapital dem Mündel gesichert sein soll, auch nicht auf Inhaberpapiere, die, wie Banknoten, bestimmungsmäßig zur Veräußerung, nicht als Kapitalanlage dienen und deshalb zu den verbrauchbaren Sachen (§ 92) gehören. Die Hinterlegungspflicht des § 1814 besteht nur für Inhaberpapiere, über die der Mündel allein verfügen kann, die in seinem durch Nießbrauch oder Pfandrecht nicht beschränkten Alleineigentum

sich befinden (vgl. §§ 745, 1081 und 1205). Über die Erweiterung der Hinterlegungspflicht s. § 1818.

2. Die Hinterlegung hat zu erfolgen bei einer **Hinterlegungsstelle** oder bei der Reichsbank. Sache der Landesgesetzgebung ist es, die zuständigen Hinterlegungsstellen zu bestimmen und über das Verfahren Vorschriften zu geben (Artt 144, 145 EG). Dem öffentlichen Charakter der Hinterlegung entspricht es, daß mit der Hinterlegung nur öffentliche Behörden oder öffentliche Bank- oder Kreditanstalten betraut werden. Nach den landesgesetzlichen Vorschriften richtet es sich, inwieweit die Hinterlegungsstellen die Auslosung und Kündigung der Wertpapiere zu überwachen haben. Werden, wie dies in Preußen auf Grund des Art 85 AG geschehen ist, Bankstellen als Hinterlegungsstellen für Wertpapiere zugelassen, so bestimmt sich der Hinterlegungsverkehr bei diesen Anstalten nach ihren Geschäftsbedingungen. Bei der Reichsbank werden Hinterlegungen zur Verwahrung von allen Reichsbankstellen, Hinterlegungen zur Verwahrung und Verwaltung (sogenanntes offenes Depot) von dem Kontor für Wertpapiere angenommen.

3. Die Hinterlegung hat zugleich die Bedeutung einer Verfügungsbeschränkung, die dadurch vermittelt wird, daß der Vormund die Hinterlegung mit der Bestimmung zu bewirken hat, daß die **Herausgabe** (geradeso, als wenn die Papiere in Gewahrsam des Vormundschaftsgerichts sich befänden) **nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts** statthaft ist. Diese Bestimmung haben sich die Hinterlegungsstellen auch noch nachträglich, nachdem bereits hinterlegt ist, gefallen zu lassen. Nach den Satzungen der Bank kann es zur Gültigkeit der Verfügungsbeschränkung notwendig sein, daß der Hinterlegungsschein mit dem Sperrvermerk versehen wird (RG JW 10, 289[22]). Über die Rechtswirkungen dieser Bestimmung s. § 1819 A 1.

§ 1815

Der Vormund kann die Inhaberpapiere, statt sie nach § 1814 zu hinterlegen, auf den Namen des Mündels mit der Bestimmung umschreiben lassen[1]), daß er über sie nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügen kann. Sind die Papiere von dem Reiche oder einem Bundesstaat ausgestellt, so kann er sie mit der gleichen Bestimmung in Buchforderungen gegen das Reich oder den Bundesstaat umwandeln lassen[2]).

Sind Inhaberpapiere zu hinterlegen, die in Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat umgewandelt werden können, so kann das Vormundschaftsgericht anordnen, daß sie nach Abs. 1 in Buchforderungen umgewandelt werden[2]).

E I 1670 Abs 1 II 1695 M 4, 1129 P 4, 783.

1. Der Vormund ist berechtigt, statt der Hinterlegung das **Inhaberpapier in ein auf den Namen des Mündels lautendes Namenpapier** umschreiben zu lassen, muß dann aber, damit die gleiche Verfügungsbeschränkung hergestellt wird, wie sie nach § 1814 für Inhaberpapiere vorgeschrieben ist, zugleich die Bestimmung treffen, daß er über die Forderung nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts — nicht bloß des Gegenvormundes — verfügen kann. Eine solche Verfügung würde auch in dem Antrage auf Wiederherstellung des Inhaberpapieres zu erblicken sein. Auf die Umschreibung braucht der Aussteller des Inhaberpapieres, falls er sich nicht hierzu durch einen Vermerk auf dem Inhaberpapier oder durch besonderes Abkommen verpflichtet hat, nicht einzugehen (§ 806). Den juristischen Personen des öffentlichen Rechts kann indes diese Verpflichtung gemäß Art 101 EG landesrechtlich auferlegt werden.

2. Der Umschreibung steht bei Schuldverschreibungen des Reiches oder eines Bundesstaates die mit der gleichen Bestimmung zu bewirkende **Umwandlung in eine Buchforderung** vollständig gleich. Eine solche Umwandlung ist zulässig bei Schuldverschreibungen des Reiches nach Maßgabe der G v. 31. 5. 91, 8. 3. 97, 28. 6. 04 (AusfBest v. 27. 1. 92 und 15. 10. 04). Auch hier ist der Eintritt der Verfügungsbeschränkung davon abhängig, daß die in A 1 bezeichnete Bestimmung getroffen wird. Die Eintragung in das Schuldbuch, die gebührenfrei erfolgt, bietet, abgesehen davon, daß dem Vormund die Aufbewahrungslast abgenommen wird, den Vorteil, daß die Zinsen zu den Verfallzeiten kostenlos dem eingetragenen Berechtigten zugesandt werden. Die Umwandlung kann von dem Vormundschaftsgericht — was von den Bestimmungen über die Umschreibung abweicht — auch wider den Willen des Vormundes angeordnet werden.

§ 1816

Gehören Buchforderungen gegen das Reich oder gegen einen Bundesstaat bei der Anordnung der Vormundschaft zu dem Vermögen des Mündels oder erwirbt der Mündel später solche Forderungen, so hat der Vormund in das Schuldbuch den Vermerk eintragen zu lassen, daß er über die Forderungen nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügen kann[1]).

E II 1696 P 4, 783.

1. Die dem Mündel durch die Umwandlung in eine Buchforderung gewährte Sicherung soll ihm in gleichem Maße auch dann zuteil werden, wenn eine bereits in das Reichs- oder Staatsschuldbuch eingetragene Buchforderung von ihm erworben wird oder eine solche Forderung ihm bereits vor Einleitung der Vormundschaft zustand. Der Vormund ist in diesen Fällen, ohne daß er erst eine Aufforderung des Vormundschaftsgerichts abzuwarten hat, verpflichtet, die in § 1815 bestimmte Verfügungsbeschränkung durch **nachträgliche Eintragung** eines dementsprechenden Vermerks in das Schuldbuch herbeizuführen.

§ 1817

Das Vormundschaftsgericht kann aus besonderen Gründen[1]) **den Vormund von den ihm nach den §§ 1814, 1816 obliegenden Verpflichtungen entbinden.**

E I 1670 Abs 2 II 1697 M 4, 1131 P 4 783.

1. Nur aus besonderen Gründen, wenn nach den persönlichen Verhältnissen des Vormundes und den Aufbewahrungseinrichtungen der Mündel gegen die Gefahr des Verlustes des Inhaberpapiers und gegen die Gefahr der Veruntreuung genügend gesichert ist, kann der **Vormund von der Hinterlegungs- und Eintragungspflicht befreit** werden. Die Befreiung kann auch von Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängig gemacht werden. Daß sie durch ein besonderes Interesse des Mündels geboten ist, wird nicht gefordert werden können (bestr.). Hinsichtlich der Umschreibung, die übrigens nur ein Recht des Vormundes ist, und hinsichtlich der Umwandlung (§ 1815) braucht der Vormund nicht besonders befreit zu werden, da es sich hier nur um einen Ersatz der Hinterlegung handelt.

§ 1818

Das Vormundschaftsgericht kann aus besonderen Gründen anordnen, daß der Vormund auch solche zu dem Vermögen des Mündels gehörende Wertpapiere, zu deren Hinterlegung er nach § 1814 nicht verpflichtet ist, sowie Kostbarkeiten des Mündels in der im § 1814 bezeichneten Weise zu hinterlegen hat; auf Antrag des Vormundes kann die Hinterlegung von Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen angeordnet werden, auch wenn ein besonderer Grund nicht vorliegt[1]).

E I 1670 Abs 3 II 1698 M 4, 1132 P 4, 783 ff., 813.

1. Das Vormundschaftsgericht kann die **Hinterlegungspflicht,** wenn hierfür besondere Gründe vorliegen, auf Wertpapiere jeder Art und auf Kostbarkeiten **ausdehnen.** Hierüber hat es unter Berücksichtigung der Interessen des Mündels und des Vormundes nach freiem Ermessen zu befinden. Der Vormund kann nicht unbedingt verlangen, daß ihm die Aufbewahrung der Zins-, Renten und Gewinnanteilscheine abgenommen wird (anders nach § 18 Abs 1 der Bayer VormO v. 19. 1. 00). Das Vormundschaftsgericht kann aber seinem Antrage, auch ohne daß hierfür ein besonderer Grund vorzuliegen braucht, stattgeben. Über den Begriff des Wertpapiers s. § 1807 zu Nr 2—4. Unter Kostbarkeiten sind solche Gegenstände zu verstehen, die im Verhältnis zu ihrem Umfang und Gewicht besonders wertvoll sind, wobei es nicht bloß auf den Stoffwert, sondern auch auf den Kunstwert, den Geschichtswert usw. ankommt (vgl. **RG** 13, 38). Zur Aufbewahrung von Wertpapieren und Kostbarkeiten sind die ordentlichen Hinterlegungsstellen (vgl. Art 146 EG) verpflichtet, zur Aufbewahrung von Wertpapieren (vgl. § 1814 A 2) auch die außerordentlichen Hinterlegungsstellen. Von der Reichsbank werden Kostbarkeiten zur Aufbewahrung nicht angenommen.

§ 1819

Solange die nach § 1814 oder nach § 1818 hinterlegten Wertpapiere oder Kostbarkeiten nicht zurückgenommen sind, bedarf der Vormund zu einer Verfügung über sie und, wenn Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefe hinterlegt sind, zu einer Verfügung über die Hypothekenforderung, die Grundschuld oder die Rentenschuld der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Das Gleiche gilt von der Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung [1]).

E I 1671 Abs 1 II 1699 M 4, 1133 P 4, 788; 5, 108; 6, 233.

1. Hat der Vormund der nach §§ 1814, 1818 bestehenden Verpflichtung gemäß Wertpapiere oder Kostbarkeiten mit der Bestimmung hinterlegt, daß die Herausgabe nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verlangt werden kann, oder hat er statt der Hinterlegung das Inhaberpapier gemäß § 1815 (vgl. auch § 1816) in ein Namenpapier oder in eine Buchforderung mit der Bestimmung umwandeln lassen, daß er über die Forderung, d. i. die Stammforderung (§ 1820) nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügen kann, so hat die in dieser Bestimmung liegende Vereinbarung nicht bloß Wirkung für das Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien, sondern hat kraft Gesetzes die Wirkung einer **allgemeinen Verfügungsbeschränkung.** Die Vertretungsmacht des Vormundes ist dahin eingeschränkt, daß eine ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts von ihm vorgenommene Verfügung unwirksam ist. Diese Beschränkung erstreckt sich notwendigerweise (vgl. § 1812 A 2, § 1821 A 3) auch auf die Eingehung einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Verfügung. Ist ein Hypothekenbrief (Grundschuldbrief, Rentenschuldbrief) hinterlegt, so ergreift die Verfügungsbeschränkung mit der Urkunde zugleich die Hypothekenforderung (Grundschuld, Rentenschuld). Die Beschränkung fällt Dritten gegenüber fort, wenn der hinterlegte Gegenstand herausgegeben oder der Sperrvermerk im Staatsschuldbuch (Reichsschuldbuch) gelöscht ist, mag dies nun zu Recht oder zu Unrecht geschehen sein.

§ 1820

Sind Inhaberpapiere nach § 1815 auf den Namen des Mündels umgeschrieben oder in Buchforderungen umgewandelt, so bedarf der Vormund auch zur Eingehung der Verpflichtung zu einer Verfügung über die sich aus der Umschreibung oder der Umwandlung ergebenden Stammforderungen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Das Gleiche gilt, wenn bei einer Buchforderung des Mündels der im § 1816 bezeichnete Vermerk eingetragen ist [1]).

E I 1671 Abs 2 II 1700 M 4, 1135 P 4, 738; 5, 108; 6, 322.

1. S. § 1819 A 1.

§ 1821

Der Vormund bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts [1]) [2]) [3]):

1. **zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstücke;**
2. **zur Verfügung über eine Forderung, die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück oder auf Begründung oder Übertragung eines Rechtes an einem Grundstück oder auf Befreiung eines Grundstücks von einem solchen Rechte gerichtet ist;**
3. **zur Eingehung der Verpflichtung zu einer der in Nr. 1, 2 bezeichneten Verfügungen;**
4. **zu einem Vertrage, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks oder eines Rechtes an einem Grundstücke gerichtet ist.**

Zu den Rechten an einem Grundstück im Sinne dieser Vorschriften gehören nicht Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden.

E I 1674 Nr 1, 2, 5 II 1701 M 4, 1136 P 4, 790.

1. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts stellt sich, wennschon sie eine obrigkeitliche Handlung ist, als eine für bestimmte Rechtshandlungen vorgeschriebene Mitwirkung

an der Verwaltung des Vormundes und somit als ein dem Gebiete des Privatrechts angehöriges Rechtsgeschäft dar (vgl. RG 71, 170 Nr 43), woran der Umstand nicht irre machen darf, daß nach außen die verwaltende Tätigkeit allein dem Vormunde gebührt. Bei der Entschließung über Erteilung der Genehmigung darf das Vormundschaftsgericht nicht bloß den Standpunkt der Aufsichtsbehörde einnehmen, nicht bloß nachprüfen, ob die Vornahme des Rechtsgeschäfts eine Pflichtwidrigkeit enthält, sondern es hat zu prüfen, ob und unter welchen sachlichen Bedingungen es selbst, wenn es den Mündel zu vertreten hätte, das Rechtsgeschäft eingehen würde. Auf dieser Rechtsnatur der Genehmigung beruht es, daß auf sie die allgemeinen Grundsätze über Privatwillenserklärungen entsprechende Anwendung finden. Es kommt darauf an, ob und inwieweit der Richter die Genehmigung hat erteilen wollen. Der Vertrag wird von dem Vormundschaftsgericht nur mit dem Inhalt genehmigt, wie er aus der ihm vorgelegten Vertragsurkunde ersichtlich ist; weitere dem Mündel nachteilige Vereinbarungen, die nicht zu seiner Kenntnis gebracht sind, können nicht als genehmigt gelten (RG 50, 281 für Pr. R). Es ist auch nicht ausgeschlossen, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, das von der Richtigkeit der Anführungen des Vertragsgegners ausgehen durfte, wegen Irrtums oder gegebenenfalls wegen arglistiger Täuschung oder Drohung anzufechten. Die Anfechtung ist durch den Vormund oder, falls dieser selbst beteiligt ist, durch einen besonders zu bestellenden Pfleger zu erklären (bestr. — vgl. für Pr. R RG 25, 281). Ist das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft des Vormundes binnen bestimmter Frist vorzunehmen, so muß binnen gleicher Frist die Genehmigung, die einen Teil des Rechtsgeschäfts bildet, erteilt werden. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der dem Nachlaßgericht erklärten Ausschlagung der Erbschaft muß dem Nachlaßgericht vor Ablauf der in § 1944 bestimmten Frist zugehen, kann aber innerhalb dieser Frist noch nachgebracht werden (s. hierüber § 1831 A 1). Eine bestimmte Form ist für die Genehmigung nicht vorgeschrieben. Sie kann deshalb auch stillschweigend erklärt werden, wovon jedoch nicht die Rede sein kann, wenn das Vormundschaftsgericht den Vertrag auch ohne Genehmigung für rechtsbeständig gehalten hat (RG 26. 4. 06 IV 85/06). Darin allein, daß das Vormundschaftsgericht dem Vormunde die Vornahme eines Rechtsgeschäfts empfiehlt, kann eine stillschweigende Genehmigung noch nicht gefunden werden. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung kann schon im voraus für den Fall des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts unter bestimmten Bedingungen erteilt werden. Unzulässig ist es, sie allgemein für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften im voraus zu erteilen (vgl. § 1825 A 1). Wird sie nachträglich erklärt, so hat sie gemäß § 184 — abgesehen von dem soeben behandelten Falle, daß eine bestimmte Frist eingehalten werden muß — rückwirkende Kraft. Wird die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts versagt, so werden damit auch die zur Ausführung des Rechtsgeschäfts schon im voraus vorgenommenen Rechtshandlungen hinfällig. Es kann aber nicht etwa, wenn der Vormund im voraus den Kaufpreis in Empfang genommen hat, der Mündel ohne weiteres auf Rückzahlung des Kaufpreises in Anspruch genommen werden, da infolge Versagung der Genehmigung der Vormund den Mündel bei Empfangnahme des Kaufpreises nicht wirksam vertreten hat. Nur die noch vorhandene Bereicherung kann zurückgefordert werden. Darüber, daß die Genehmigung und die Versagung dem Vormunde gegenüber erklärt werden muß und erst durch die von diesem dem Geschäftsgegner gemachte Mitteilung wirksam wird, s. § 1828 A 1.

2. Auch für **das die Erteilung der Genehmigung betreffende Verfahren** gilt der Grundsatz, daß das Vormundschaftsgericht von Amts wegen vorzugehen hat. Es darf sich nicht einfach ablehnend verhalten, weil der Vormund die in Betracht kommenden Unterlagen nicht vollständig vorgelegt hat, sondern hat seinerseits zur Klarstellung des Sachverhalts mitzuwirken, kann zu diesem Zwecke auch Erhebungen vornehmen (§ 15 FGG). Vor der Entschließung über Erteilung der Genehmigung soll es, soweit tunlich, den Gegenvormund (§ 1826), ferner nach Maßgabe des § 1827 den Mündel und in wichtigen Angelegenheiten oder auf Antrag des Vormundes oder Gegenvormundes Verwandte und Verschwägerte des Mündels hören (§ 1847). Gegen die die Genehmigung versagende Verfügung kann zwar der Vormund im Interesse des Mündels, nicht aber der Geschäftsgegner (RG 56, 125; vgl. § 1837 A 2) Beschwerde erheben. Ausnahmsweise kann, wenn der Kindesannahmevertrag nicht genehmigt ist, solange nicht der Vertrag durch die Mitteilung des Vormundes über die Verweigerung der Genehmigung hinfällig geworden ist, der Annehmende aus dem Gesichtspunkte des § 57 Abs 1 Nr 9 FGG Beschwerde einlegen (KGJ 34 A 42). Der Gegenvormund hat, wenn trotz seiner Bedenken die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts erfolgt ist, kein Beschwerderecht (RJA 4, 75; vgl. § 1799 A 1). Ist übrigens die Erteilung oder die Versagung der Genehmigung durch die von dem Vormunde dem andern Teile gemachte Mitteilung diesem gegenüber wirksam geworden, so kann weder das Vormundschaftsgericht noch das Beschwerdegericht die Verfügung ändern (§ 55 Abs 1 FGG; KGJ 25 A 17).

3. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist vorgeschrieben teils für **Rechtsgeschäfte** (Rechtshandlungen), welche die Person des Mündels angehen, teils für Rechtsgeschäfte der Vermögensverwaltung. Im Interesse der Person des Mündels (s. auch § 1822 Nr 6, 7) ist die Genehmigung vorgeschrieben für den Antrag auf Ehelichkeitserklärung und die Einwilligung des Kindes hierzu, die Anfechtung und Bestätigung dieser Erklärungen (§§ 1728, 1729, 1731), für die Eingehung und Aufhebung des Kindesannahmevertrags, und zwar sowohl was den Annehmenden als das Kind betrifft, die Anfechtung und Bestätigung dieser Erklärungen (§§ 1750, 1751, 1752, 1755, 1770), außerdem für den Antrag auf Entlassung des Mündels aus der Staatsangehörigkeit (§ 14a StAngG in der Fassung des Art 41 EG) und den Antrag des Abwesenheitspflegers auf Todeserklärung (§ 962 Abs 2 ZPO), endlich bei Geschäftsunfähigkeit des Mündels zur Ermöglichung der an sich nicht statthaften Vertretung für die Anfechtung der Ehe (§ 1336 Abs 2), für die Erhebung, nicht aber die Fortsetzung der Scheidungsklage (§ 612 Abs 2 ZPO; **RG** JW 03 Beil 64 Nr 147) und für die Anfechtung der Ehelichkeit (§ 1595 Abs 2). Bei den Rechtsgeschäften der Vermögensverwaltung ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für erforderlich erklärt entweder wegen der Wichtigkeit des Vermögensgegenstandes (Grundstück, Erwerbsgeschäft, das Vermögen im ganzen, Erbschaft) oder wegen der Bedenklichkeit des Rechtsgeschäfts (§ 1822 Nr 9 bis 13). Von Wichtigkeit ist hierbei der wirtschaftliche Charakter des Rechtsgeschäfts. Allgemeiner Grundsatz ist, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, soweit sie vorgeschrieben ist, nicht bloß zu der (dinglichen) Verfügung, sondern auch zur Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung erforderlich ist (vgl. § 1812 A 2). Dadurch, daß der Mündel an dem betreffenden Gegenstand nur mitberechtigt ist, wird die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht ausgeschlossen, auch nicht dadurch, daß die Mitberechtigung auf einer Gemeinschaft zur gesamten Hand, insbesondere auf der Erbengemeinschaft beruht (KG in OLG 5, 410; KGJ 27 A 171). Anders ist es, wenn es sich um den Anteil des Mündels an dem Vermögen einer juristischen Person oder einer Gesellschaft mit formeller Rechtsfähigkeit (§ 54 A 1 a. E.) handelt (**RG** 54, 278). Zur Prozeßführung und zum Betriebe der Zwangsvollstreckung bedarf der Vormund — abgesehen von den materiellrechtlichen Vorgängen des Anerkenntnisses, des Verzichts, des Vergleichs (**RG** 56, 339), der Abgabe eines Gebots im Bietungstermine (§ 71 Abs 2 ZVG) — niemals der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Wegen des Antrags auf Zwangsversteigerung eines Grundstücks behufs Aufhebung der Gemeinschaft s. zu Nr 1. Nicht erforderlich ist die Genehmigung zu einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, zu deren Abgabe der Mündel bereits rechtskräftig verurteilt ist (KGJ 31 A 293). Es bedarf ferner nicht der Genehmigung zu der Abänderung eines Vertrages, falls nicht ein die Genehmigung nötig machender besonderer Gesichtspunkt zutrifft. Eine Entscheidung über Erteilung der Genehmigung braucht das Vormundschaftsgericht nicht zu treffen, wenn das Rechtsgeschäft offenbar der Gültigkeit ermangelt (vgl. indes § 1745 A 2 a. E.). Für die Erteilung der Genehmigung ist allein entscheidend die Rücksicht auf das Wohl des Mündels auf privatrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gebiete. Die Genehmigung zu dem Antrage auf Entlassung aus der Staatsangehörigkeit kann nicht etwa mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse an Erhaltung der Wehrkraft des Staates verweigert werden.

Zu Nr 1: Der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unterliegen in weitem Umfange die das unbewegliche Vermögen betreffenden Rechtsgeschäfte. Genehmigungspflichtig sind vor allem die **Verfügungen über Grundstücke und Rechte an einem Grundstück.** Dem Grundstückseigentum stehen hierbei gleich gemäß § 1017 das Erbbaurecht, gemäß Artt 63 EG das landesrechtlich bestehende Erbpachtrecht (Büdnerrecht, Häuslerrecht), ferner gemäß Artt 67, 68, 65, 74 EG auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften das Bergwerkseigentum, das Abbaurecht und die sonstigen selbständigen Gerechtigkeiten, für die ein besonderes Grundbuchblatt angelegt ist (vgl. § 50 des Allgem Berggeſ für Preußen v. 24. 6. 65: Artt 38 und 40 Pr. AG). Zu den genehmigungsbedürftigen Verfügungen gehören nicht bloß Veräußerungen — auch Abtretung des Eigentumsanspruchs (a. M. Staudinger A 2 a γ; Planck A II 1 d; Fuchs A 2 1 c) — und Belastungen, sondern auch Entäußerungen und Auseinandersetzungen, einschließlich des eine Umgestaltung des Rechtsverhältnisses nach sich ziehenden Antrags auf Gemeinheitsteilung, auf Grundstückszusammenlegung und auf Grundstücksversteigerung behufs Aufhebung der Gemeinschaft (§ 181 Abs 2 ZVG). Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist zu diesen Verfügungen erforderlich, mögen sie nun das Eigentum, Miteigentum oder ein dingliches Recht am Grundstück betreffen. **Ausgenommen** sind nach Abs 2 **Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden,** die zum Kapitalvermögen (vgl. § 1812 A 1) gerechnet werden. Nur zur Erweiterung der dinglichen Belastung (auch zum Ausschluß der Kündigung des Grundstückseigentümers, RJA 5, 197) bedarf es hier der Genehmigung. Die Genehmigung wird auch zu erfordern sein für die Zustimmung des Eigentümers zur Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek,

einer Hypothek in eine Grundschuld usw., da hierdurch eine ganz andersartige Belastung des Grundstücks geschaffen wird (bestr.). Wegen Befreiung des Grundstücks von der dinglichen Haftung für eine Hypothek oder Grundschuld s. § 1822 zu Nr 13. Nicht genehmigungspflichtig ist die eine Verfügung nicht enthaltende Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (RJA 2, 44). Der Anteil des Mündels an dem Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft kann, auch wenn zu dem Gesellschaftsvermögen Grundstücke gehören, rechtlich nicht als Grundstücksmiteigentum behandelt werden (RG 54, 278). Demnach bedarf auch die Auseinandersetzung, wenn zu dem Vermögen der Handelsgesellschaft Grundstücke gehören, nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (RG JW 07, 3036). Nicht unter Nr 1 fällt die Übertragung oder Aufgabe des Besitzes, da der Besitz nicht als ein Recht am Grundstück angesehen werden kann. Genehmigungsbedürftig ist dagegen die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, da die Überlassung, wenn schon sie die Abtretung des Rechts nicht herbeiführt, doch immerhin mehr als eine bloße Besitzüberlassung bedeutet (a. M. Planck A II 1 b Abs 6; Staudinger A 2 a γ Abs 6). Erforderlich ist die Genehmigung dem allgemeinen Grundsatz entsprechend (vgl. A 3) auch für die Eingehung der Verpflichtung zu einer der Genehmigung bedürfenden Verfügung. Ist die Genehmigung zur Eingehung der Verpflichtung erteilt, so bedarf es zu der innerhalb der Schranken dieses Rechtsgeschäfts sich haltenden Verfügung (Auflassung usw.) nicht einer erneuten Genehmigung, deren Erteilung sich jedoch aus Zweckmäßigkeitsgründen, um die Gültigkeit der Verfügung klarzustellen, empfehlen kann (vgl. KGJ 24 A 238).

Zu Nr 2: Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wird weiter verlangt zu der Verfügung über ein (bereits bestehendes oder erst noch zu bestellendes) **Recht auf Übertragung, Belastung oder Befreiung eines Grundstücks oder eines Rechts am Grundstück**, und zwar ebenfalls mit der Ausdehnung auf die Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung. Wenn auch der schuldrechtliche Anspruch auf Auflassung usw. kein eigentliches Grundstücksrecht ist, so steht er doch wirtschaftlich einem solchen sehr nahe und wird deshalb als zu dem unbeweglichen Vermögen gehörig angesehen, über welches dem Vormunde die Verfügung ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht gestattet ist.

Zu Nr 4: Nicht als Verfügung erscheint der Erwerb eines Grundstücks (oder Grundstücksrechts), auch nicht der Erwerb oder die Gewährung eines nichtdinglichen Benutzungsrechts am Grundstück (Leihe, Miete, Pacht). Ausnahmsweise ist wegen der Wichtigkeit des Geschäfts die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in Nr 4 auch für den **entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks oder Grundstücksrechts** und in § 1822 Nr 4 für die Pachtung oder Verpachtung eines Landguts, d. i. einer zum selbständigen landwirtschaftlichen Betriebe eingerichteten Grundstückseinheit, vorgeschrieben. Dem Kaufe ist die Ausübung eines Vorkaufsrechts oder Wiederkaufsrechts gleichzustellen. Die Unentgeltlichkeit des Erwerbs wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Schenkung des Grundstücks unter einer Auflage erfolgt (a. M. Planck A 4).

§ 1822

Der Vormund bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts:

1. **zu einem Rechtsgeschäfte, durch das der Mündel zu einer Verfügung über sein Vermögen im Ganzen oder über eine ihm angefallene Erbschaft oder über seinen künftigen gesetzlichen Erbteil oder seinen künftigen Pflichtteil verpflichtet wird, sowie zu einer Verfügung über den Anteil des Mündels an einer Erbschaft;**
2. **zur Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, zum Verzicht auf einen Pflichtteil sowie zu einem Erbteilungsvertrage;**
3. **zu einem Vertrage, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist, sowie zu einem Gesellschaftsvertrage, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird;**
4. **zu einem Pachtvertrag über ein Landgut oder einen gewerblichen Betrieb;**
5. **zu einem Miet- oder Pachtvertrag oder einem anderen Vertrage, durch den der Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, wenn das Vertragsverhältnis länger als ein Jahr nach der Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahrs des Mündels fortdauern soll;**

6. **zu einem Lehrvertrage, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird;**
7. **zu einem auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Vertrage, wenn der Mündel zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als ein Jahr verpflichtet werden soll;**
8. **zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Mündels;**
9. **zur Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder zur Eingehung einer Verbindlichkeit aus einem Wechsel oder einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann;**
10. **zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, insbesondere zur Eingehung einer Bürgschaft;**
11. **zur Erteilung einer Prokura;**
12. **zu einem Vergleich oder einem Schiedsvertrag, es sei denn, daß der Gegenstand des Streites oder der Ungewißheit in Geld schätzbar ist und den Wert von dreihundert Mark nicht übersteigt;**
13. **zu einem Rechtsgeschäfte, durch das die für eine Forderung des Mündels bestehende Sicherheit aufgehoben oder gemindert oder die Verpflichtung dazu begründet wird.**

E I 1674 Nr 3, 4, 6—14, 2043, 2044 II 1702 M 4, 1140; 5, 514 P 4, 791; 5, 632; 6, 322, 394.

Zu Nr 1: Als Rechtsgeschäft über das **Vermögen im ganzen** kommt — abgesehen von dem Vertrage über Änderung des ehelichen Güterrechts, der bei Einführung oder Aufhebung der allgemeinen Gütergemeinschaft nach §§ 1437 Abs 2, 1484 Abs 2, 1492, 1508 der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf — die nach § 311 zulässige Übernahme der Verpflichtung in Frage, das gegenwärtige Vermögen ganz oder zu einem Bruchteil zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten.

Zu Nr 1 und 2: Um Rechtsgeschäfte über eine **Erbschaft** handelt es sich, wenn ein Vertrag über den zukünftigen gesetzlichen Erbteil oder Pflichtteil unter den künftigen gesetzlichen Erben geschlossen wird (§ 312 Abs 2), wenn der Erblasser einen Erbvertrag schließt (§ 2275 Abs 2), wenn der künftige Erbe durch Vertrag mit dem Erblasser auf sein gesetzliches Erbrecht oder Pflichtteilsrecht oder die Rechte aus dem Erbvertrag verzichtet (§§ 2347, 2290 Abs 3), wenn die Erbschaft ausgeschlagen oder auf den angefallenen Pflichtteilsanspruch (was formlos geschehen kann) verzichtet wird, wenn eine Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung der angefallenen Erbschaft übernommen wird (§§ 2371 ff.) und wenn über einen Erbteil durch Veräußerung, Belastung oder Erbteilungsvertrag verfügt wird. Zu allen diesen Verpflichtungen und Verfügungen, desgleichen zur Ausschlagung eines Vermächtnisses und zu dem der Erbschaftsausschlagung nahestehenden Verzicht des Abkömmlings auf seinen Anteil an dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1491 Abs 3), desgleichen nach § 15 Abs 6 des Pr. G v. 8. 6. 96 zum Verzicht auf das Anerbenrecht bedarf es der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, nicht aber zur Errichtung eines frei widerruflichen Testaments und nicht zur Annahme einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses. Die Anfechtung der Annahme, worin eine Ausschlagung liegt (§ 1955), ist genehmigungsbedürftig. Zur Erhebung der Klage auf Anerkennung des Erbteilungsplans ist eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich.

Zu Nr 3: Eine gleiche und oft viel größere Bedeutung als das Grundstück hat wirtschaftlich das **Erwerbsgeschäft** (vgl. über den Begriff § 112 A 2). Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wird deshalb sowohl für den entgeltlichen Erwerb als für die Veräußerung (Belastung mit einem Nießbrauch oder Verpfändung) gefordert, ohne Unterschied, ob der Mündel das Geschäft als Alleininhaber oder (durch Abschließung eines Gesellschaftsvertrags) als Mitinhaber erwirbt, ob er das Geschäft ganz oder durch Aufnahme eines Mitinhabers veräußert. Ein Erwerbsgeschäft kann auch ohne die Firma und ohne die zum Geschäft gehörigen Ausstände und Schulden übertragen werden (**RG** Warn 08 Nr 70). Auf die bloße Kapitalbeteiligung (Beteiligung als Kommanditist, als stiller Gesellschafter, Zeichnung einer Aktie) ist die Vorschrift der Nr 3 nicht auszudehnen. Über die zur Errichtung oder Auflösung eines Erwerbsgeschäfts erforderliche Genehmigung siehe § 1823.

Zu Nr 4: Genehmigungsbedürftig ist ferner (vgl. zu Nr 3) die Pachtung oder Verpachtung eines Erwerbsgeschäfts, das in einem **gewerblichen Betrieb** besteht. Nicht hierunter fällt der landwirtschaftliche oder forstwirtschaftliche Betrieb. Hierfür ist die besondere Bestimmung gegeben, daß es zur Pachtung oder Verpachtung eines **Landguts** (vgl. § 1821 zu Nr 4) der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.

Zu Nr 5: S. § 1793 A 3.

Zu Nr 6 und 7: Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Abschließung (nicht auch Aufhebung) eines **Dienst- oder Arbeitsvertrags**, insbesondere eines **Lehrvertrags**, ist in Fürsorge für die Person des Mündels vorgeschrieben. Das Vormundschaftsgericht soll prüfen, ob der Vertrag den Anforderungen genügt, die aus Rücksicht auf das gesundheitliche, das geistige und sittliche Wohl des Mündels zu stellen sind, daneben auch, ob die vermögensrechtlichen Interessen des Mündels gewahrt sind. Die Genehmigung ist nur notwendig, wenn der Mündel auf länger als ein Jahr sich verpflichtet, was bei Lehrverträgen die Regel ist, während Dienst- oder Arbeitsverträge meist auf kürzere Zeit oder auf unbestimmte Zeit (vgl. über die Kündigungsfristen §§ 622, 623, ferner § 66 HGB, §§ 122, 133a GO) abgeschlossen werden. Vor der Entscheidung über die Genehmigung soll nach § 1827 der Mündel ohne Rücksicht auf sein Lebensalter gehört werden. Die Vorschrift des § 1822 Nr 7 findet Anwendung auch auf die Gesindeverträge, soweit nicht landesrechtlich (Art 95 EG) etwas anderes bestimmt ist (a. M. Blume A 7). Über die sonstigen Fälle, in denen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung mit Rücksicht auf die Person des Mündels vorgeschrieben ist, s. § 1821 A 3.

Zu Nr 8 bis 11: Genehmigungspflichtig sind verschiedene **bedenkliche Rechtsgeschäfte**, die leicht zum Nachteil des Mündels ausschlagen können. Es erscheint regelmäßig bedenklich, wenn der Vormund, statt mit den Mitteln des Mündels auszukommen, auf den Kredit des Mündels Geld aufnimmt, was durch Aufnahme eines Darlehens oder Eingehung eines Kontokorrentverhältnisses geschehen kann. Ebenso gefährlich ist wegen der Zweifelhaftigkeit, ob Ersatz zu erlangen ist, die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit durch Bürgschaft oder Verpfändung (RG 63, 76) ferner die Schuldübernahme, mag es sich nun um eine entgeltliche oder unentgeltliche, um eine bestärkende oder befreiende Schuldübernahme, um den Eintritt in die Haftung für Geschäftsschulden oder für Hypotheken (KGJ 28 A 6) handeln. Aus den gleichen Rücksichten kann — abgesehen von andern Bedenken — von der Notwendigkeit der Genehmigung für die Ausstellung von Inhaberpapieren, für die Übernahme von Wechselverbindlichkeiten und von Verbindlichkeiten aus indossierbaren Orderpapieren, welchen Verpflichtungen ähnliche Kreditgeschäfte zugrunde zu liegen pflegen, nicht abgesehen werden. Auch die Erteilung der Prokura, welche die Ermächtigung zu derartigen Rechtsgeschäften in sich schließt (§§ 48, 50 HGB), bringt dem Mündel ähnliche Gefahren. Die bezeichneten Geschäfte sind daher — vorbehaltlich der Befugnis des Vormundschaftsgesetzes, im Bedürfnisfalle den Vormund zu befreien (§ 1825) — für genehmigungsbedürftig erklärt.

Zu Nr 12: Der Vormund hat die Pflicht, die Ansprüche des Mündels zur Durchführung zu bringen. Nur unter besonderen Umständen empfiehlt sich ein **Vergleich**, der deshalb, wenn der Wert 300 Mark übersteigt oder unschätzbar ist, nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossen werden kann. Es kommt hierbei auf den Wert des Gegenstandes an, über welchen Streit oder hinsichtlich der Rechtmäßigkeit oder Durchführbarkeit des Anspruchs (§ 779) Ungewißheit besteht. Über den Prozeßvergleich s. § 1821 A 3, über den Unterhaltsvergleich § 1714 A 3. Genehmigungspflichtig ist auch die Eingehung eines Zwangsvergleichs im Konkurse, wennschon wider den Willen des einzelnen Gläubigers ein Zwangsvergleich (§§ 173 ff. KO) zustande kommen kann, desgleichen die Einigung über Entscheidung des Rechtsstreits durch Schiedsrichter (Schiedsvertrag), nicht dagegen eine Einigung über die Zuständigkeit des Gerichts oder eine sonstige prozessuale Frage, auch nicht eine Einigung über die Person bestimmter Schätzer. In der rechnerischen Feststellung der Höhe eines Anspruchs (Höhe des Schadensersatzes usw.) ist nicht notwendig ein Vergleich enthalten.

Zu Nr 13: Die **Aufgabe oder Minderung einer Sicherheit** kann die Verwirklichung der Forderung leicht beeinträchtigen, auch unter Umständen eine dem Vormund verbotene Schenkung enthalten. Sie ist deshalb an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden, die auch dann zu erfordern ist, wenn die Sicherheit in einer die Rechtsverfolgung erschwerenden Weise geändert wird, wenn z. B. eine gewöhnliche Hypothek in eine Sicherungshypothek umgewandelt wird. Unter Nr 13 fällt auch die Aufgabe einer dinglichen Sicherheit bei Bestehenbleiben der persönlichen Forderung (KGJ 27 A 169; 33 A 46).

§ 1823

Der Vormund soll nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein neues Erwerbsgeschäft[1]) im Namen des Mündels beginnen oder ein bestehendes Erwerbsgeschäft des Mündels auflösen.

E I 1663 II 1686 M 4, 1108 P 4, 760.

1. Abweichend von § 1645 soll der Vormund nicht bloß bei **Beginn eines neuen Erwerbsgeschäfts** (s. über den Begriff § 112 A 2), sondern auch bei **Auflösung** eines bestehen-

den Erwerbsgeschäfts die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen. Der Genehmigung bedarf es natürlich nicht, wenn die Genehmigung schon zum Erwerb oder zur Pachtung des Geschäfts erteilt ist. Ob eine bloße Erweiterung oder der Beginn eines neuen Geschäfts vorliegt, kann oft zweifelhaft sein. Wird von den Erben eines Gesellschafters, durch dessen Tod die Gesellschaft aufgelöst ist (§ 727 Abs 1), die Fortführung des Geschäfts mit dem Mündel vereinbart, so ist hierin eine nach § 1822 Nr 5 der Genehmigung bedürftige Eingehung eines neuen Gesellschaftsvertrages zu sehen. Vgl. im übrigen § 1645 A 1.

§ 1824

Der Vormund kann Gegenstände, zu deren Veräußerung die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, dem Mündel nicht ohne diese Genehmigung zur Erfüllung eines von diesem geschlossenen Vertrags oder zu freier Verfügung überlassen[1]).

E I 1677 II 1704 Abs 1 M 4, 1149 P 4, 796.

1. S. § 1644 A 1. Der Grundsatz des § 1644 ist in § 1824 auch auf diejenigen Vermögensgegenstände ausgedehnt, die nicht ohne Genehmigung des Gegenvormundes veräußert werden dürfen (Veräußerung von Forderungen und Rechten gemäß §§ 1812, 1813). Die **Überlassung von Vermögensgegenständen an den Mündel zu dessen freier Verfügung** ist in diesem Falle nur mit Genehmigung des Gegenvormundes gestattet, die ebenso wie im Falle des § 1812 durch Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt werden kann. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist erforderlich, wenn es sich um Gegenstände handelt, die nicht ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung veräußert werden dürfen (Veräußerung der hinterlegten Wertpapiere und Kostbarkeiten und der hierauf bezüglichen Forderung, Veräußerung von unbeweglichem Vermögen, von Erbschaftsrechten oder eines Erwerbsgeschäfts (§§ 1819—1822).

§ 1825

Das Vormundschaftsgericht kann dem Vormunde zu Rechtsgeschäften, zu denen nach § 1812 die Genehmigung des Gegenvormundes erforderlich ist, sowie zu den im § 1822 Nr. 8 bis 10 bezeichneten Rechtsgeschäften eine allgemeine Ermächtigung erteilen.

Die Ermächtigung soll nur erteilt werden, wenn sie zum Zwecke der Vermögensverwaltung, insbesondere zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, erforderlich ist[1]).

E I 1675 II 1703 M 4, 1147 P 4, 795; 5, 792.

1. Die Notwendigkeit, in jedem einzelnen Falle die Genehmigung des Gegenvormundes zu Verfügungen über das Kapitalvermögen (§ 1812) und des Vormundschaftsgerichts zu den im Geschäftsleben häufiger vorkommenden bedenklichen Rechtsgeschäften der Nr 8 bis 10 des § 1822 einzuholen, kann unter Umständen zu einer großen Erschwerung der Verwaltung und des Geschäftsbetriebes, ja selbst zu einer vollständigen Lahmlegung des Geschäftsbetriebes führen. Für derartige Fälle soll es dem Vormundschaftsgericht gestattet sein, eine allgemeine **Befreiung** des Vormundes — die § 1825 als allgemeine Ermächtigung bezeichnet — eintreten zu lassen. Die Befreiung ist, unbeschadet des Beschwerderechts des Gegenvormundes, wirksam, auch wenn die bezeichneten Voraussetzungen nicht vorliegen sollten. Im übrigen verbleibt es bei dem Grundsatz, daß eine Genehmigung immer nur für bestimmte Fälle, nicht allgemein erteilt werden kann (vgl. § 1821 A 1; siehe auch § 1803 A 2).

§ 1826

Das Vormundschaftsgericht soll vor der Entscheidung über die zu einer Handlung des Vormundes erforderliche Genehmigung den Gegenvormund[1]) hören, sofern ein solcher vorhanden und die Anhörung tunlich ist.

E I 1679 II 1705 M 4, 1151 P 4, 796.

1. Das Vormundschaftsgericht darf nicht ohne Not das durch **Anhörung des Gegenvormundes** ihm zu Gebote stehende Mittel, sich über den Sachverhalt zu unterrichten, unbenutzt lassen. Von der Anhörung darf es nur absehen, wenn hierdurch zum Schaden der Sache ungerechtfertigte Weiterungen entstehen würden oder wenn die Anhörung unverhältnismäßige Kosten verursachen würde. Wenn § 1826 die Anhörung für entbehrlich erklärt, falls ein Gegenvormund *nicht vorhanden ist* — anders ist die Ausdrucksweise

in § 1836 Abs 2 und § 1842 —, so ist damit nur gesagt, daß das Vormundschaftsgericht nicht nötig hat, zum Zwecke der Anhörung einen Gegenvormund zu bestellen. Die Anhörung bedeutet, daß dem Gegenvormunde Mitteilung von dem zu genehmigenden Rechtsgeschäft gemacht werden muß, und daß ihm Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Äußerung gegeben werden muß, worüber das Nähere von dem Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu bestimmen ist. Ist die Anhörung des Gegenvormundes zu Unrecht unterblieben, so ist er aus diesem Grunde, damit er Gelegenheit hat, seine Bedenken noch nachträglich geltend machen zu können, zur Beschwerde berechtigt. Wegen des sachlichen Inhalts der Entscheidung steht ihm dagegen keine Beschwerde zu (RJA 4, 75).

§ 1827

Das Vormundschaftsgericht soll den Mündel hören[2]) vor der Entscheidung über die Genehmigung eines Lehrvertrags oder eines auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Vertrags und, wenn der Mündel das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, über die Entlassung aus dem Staatsverbande[1]).

Hat der Mündel das achtzehnte Lebensjahr vollendet, so soll ihn das Vormundschaftsgericht, soweit tunlich, auch hören vor der Entscheidung über die Genehmigung eines der im § 1821 und im § 1822 Nr. 3 bezeichneten Rechtsgeschäfte sowie vor der Entscheidung über die Genehmigung des Beginns oder der Auflösung eines Erwerbsgeschäfts[1]).

E I 1657 Satz 2, 1680 II 1707 M 4, 1098, 1152 P 4, 785, 796; 5, 1147.

1. Die **Anhörung des Mündels** ist geboten teils ohne Rücksicht auf sein Lebensalter bei Eingehung eines genehmigungsbedürftigen Lehrvertrags, Arbeits- oder Dienstvertrags (vgl. § 1822 zu Nr 6 und 7), da der Mündel, wenn er einen solchen Vertrag eingehen soll, auch das hierfür nötige Verständnis besitzen muß, teils, wenn es sich nämlich um seine Entlassung aus dem Staatsverband handelt (vgl. § 1821 A 3), bei Vollendung des 14. Lebensjahrs, endlich, wenn genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte bezüglich des unbeweglichen Vermögens oder eines Erwerbsgeschäfts gemäß §§ 1821, 1822 Nr 3 — nicht 1822 Nr 4 — in Frage stehen, bei Vollendung des 18. Lebensjahrs. In den beiden ersten Fällen ist die Anhörung unbedingt, nicht bloß „soweit tunlich“, vorgeschrieben. Die vorzunehmenden Rechtshandlungen würden, wenn der Mündel nicht erreichbar wäre, ohne Wert sein. Im übrigen ist es dem pflichtmäßigen Ermessen des Vormundschaftsgerichts überlassen, ob er den Mündel hören will.

2. Über die Bedeutung der **Anhörung** s. § 1826 A 1. In den Angelegenheiten, in denen der Mündel gehört werden soll, ist er nach § 59 FGG zugleich beschwerdeberechtigt, vorausgesetzt, daß er das 14. Lebensjahr vollendet hat und nicht geschäftsunfähig ist. Unter dieser Voraussetzung hat er das Recht der Beschwerde außerdem in allen seine Person betreffenden Angelegenheiten, das ist in allen Angelegenheiten, die nicht bloß für sein Vermögen Bedeutung haben, wozu auch die Einleitung der Vormundschaft und die Frage der Entlassung des Vormundes gehören kann (vgl. RJA 6, 7 und 6, 168).

§ 1828

Das Vormundschaftsgericht kann die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte nur dem Vormunde gegenüber[1]) erklären.

E I 1681 Abs 1 II 1708 M 4, 1153 P 4, 797.

1. Das Vormundschaftsgericht darf sich, wennschon die Erteilung der Genehmigung als eine Mitwirkung an der Verwaltung des Vormundes aufzufassen ist (§ 1821 A 1), sich nicht darüber hinaus in die Verwaltung einmischen und in Rechtsverkehr mit dritten Personen treten. Dem entspricht es, daß es die **Genehmigung nur dem Vormunde gegenüber erklären** kann. Es bleibt diesem überlassen, ob er die Genehmigung durch Mitteilung an den beteiligten Dritten (beziehentlich durch Abschluß des Rechtsgeschäfts auf Grund der Genehmigung) wirksam machen will. Bis zu diesem Zeitpunkte ist die Genehmigung eine innere Angelegenheit, die nur das Verhältnis zwischen Vormund und Vormundschaftsgericht betrifft, aus der aber der Dritte keine Rechte herleiten kann. Die Genehmigung kann bis zu diesem Zeitpunkte von dem Vormundschaftsgericht frei widerrufen und auf Beschwerde des Vormunds auch von dem Beschwerdegericht (vgl. § 55 Abs 1 FGG) zurückgenommen werden (vgl. über die Widerruflichkeit der Genehmigung zu dem Zwangsversteigerungsantrage behufs Aufhebung der Gemeinschaft, die bis zur Erteilung des Zuschlags

dauert, RJA 6, 9). Wenn die Bestimmung des § 1828 unter Hinweis auf § 16 FGG regelmäßig dahin erläutert wird, daß die Genehmigung mit der Bekanntmachung an den Vormund wirksam werde, so ist damit nur gemeint, daß der Vormund ermächtigt ist, der Genehmigung durch Mitteilung an den Dritten Wirksamkeit zu verschaffen. Nicht notwendig ist übrigens, daß die Genehmigung unmittelbar dem Vormunde vom Vormundschaftsgericht erklärt wird. Es genügt, wenn die Erklärung dem zu ihrem Empfange von dem Vormunde ermächtigten Dritten zugeht, und ebenso muß es als genügend angesehen werden, wenn das Vormundschaftsgericht die Erklärung durch Vermittelung eines Dritten dem Vormunde zugehen läßt. Hat der Prozeßrichter einen vom Vormunde und der Gegenpartei erklärten Vergleich aufgenommen und mit deren Willen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eingeholt, so ist die in den Prozeßakten niedergeschriebene, dem Prozeßrichter durch Rücksendung der Akten zur Kenntnis gebrachte Genehmigung als wirksam zu erachten. Das nachträgliche Einverständnis des Vormundes mit der von dem Vormundschaftsgericht an den Dritten gemachten Mitteilung kann dagegen, wenn nicht eine Erklärung des Vormundschaftsgerichts an den Vormund hinzukommt, die Genehmigung nicht wirksam machen. Darin allein, daß das Vormundschaftsgericht unter Mitteilung des Vertrages das Grundbuchamt um Eintragung ersucht, ist eine wirksame Genehmigung nicht enthalten (RG 59, 277). Unwirksam ist auch eine von dem Vormundschaftsgericht dem Dritten gemachte Mitteilung, daß die Genehmigung dem Vormunde gegenüber erklärt sei. Was hier über die Erteilung der Genehmigung gesagt ist, muß in gleicher Weise auch für die Versagung der Genehmigung gelten. Darüber, daß die Erklärung keiner Form bedarf und rückwirkende Kraft hat, s. § 1821 A 1. Ein besonderer Nachweis dafür, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dem Vormunde mitgeteilt ist, ist in Grundbuchsachen nicht zu erfordern, wenn der Vormund es ist, der auf Grund der Genehmigung die Eintragung beantragt (bestr.).

§ 1829

Schließt der Vormund einen Vertrag ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ab. Die Genehmigung sowie deren Verweigerung wird dem andern Teile gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm durch den Vormund mitgeteilt wird.

Fordert der andere Teil den Vormund zur Mitteilung darüber auf, ob die Genehmigung erteilt sei, so kann die Mitteilung der Genehmigung nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erfolgen; erfolgt sie nicht, so gilt die Genehmigung als verweigert.

Ist der Mündel volljährig geworden, so tritt seine Genehmigung an die Stelle der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts [1] [2].

E I 1681 Abs 2, 3, 5 II 1709 M 4, 1153 P 4, 797; 6, 311.

1. Ist der Vertrag (von dem Vormunde oder mit Zustimmung des Vormundes von dem Mündel) **ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts** geschlossen, so ist der Dritte — abgesehen von dem in § 1830 behandelten Falle der Täuschung — an den Vertrag gebunden, nicht aber der Mündel. Es entsteht hierdurch ein **Schwebezustand**, dessen Beendigung der Dritte dadurch herbeiführen kann, daß er den Vormund, beziehentlich den volljährig gewordenen Mündel oder die Erben des inzwischen verstorbenen Mündels zur Mitteilung auffordert, ob die Genehmigung ihm erteilt ist. Die Gebundenheit erlischt, wenn ihm nicht der Vormund usw. binnen spätestens 2 Wochen seit dem Empfange der Aufforderung von der Erteilung der Genehmigung Mitteilung macht. Die Mitteilung braucht dem Dritten nicht unmittelbar von dem Vormunde zuzugehen. Hierzu ist auf das in § 1828 A 1 über die Mitteilung des Vormundschaftsgerichts an den Vormund Gesagte zu verweisen. Für die Richtigkeit der Mitteilung ist der Vormund gerade so verantwortlich, als wenn er die Angabe beim Vertragsschluß gemacht hätte. Ist nachweislich die Genehmigung nicht erteilt, so ist natürlich auch der Dritte nicht gebunden und verbleibt ihm nur der Schadensersatzanspruch gegen den Vormund. Nicht richtig aber ist es, im Falle der Unwahrheit der Mitteilung diese als eine von dem Vormund ohne Vertretungsmacht abgegebene einseitige Erklärung und deshalb als gänzlich unwirksam anzusehen (so Blume A 5; vgl. § 1832 A 2). Über die Art und die Wirkungen der Aufforderung kann von den Parteien eine von § 1829 abweichende Vereinbarung getroffen werden. Über den Fall, daß der Vertrag ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und ohne Zustimmung des Vormundes geschlossen ist, s. § 1832 A 2.

2 Der § 1829 findet keine Anwendung, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts — durch Mitteilung an den Vormund (§ 1828) — schon **vor Abschluß des Vertrages** erteilt ist. Der Dritte ist hier an den Vertrag gebunden, auch wenn er nicht weiß, ob die Genehmigung erteilt ist, ohne daß er die in A 1 bezeichnete Aufforderung an den Vormund richten kann. Besondere Unzuträglichkeiten entstehen jedoch hieraus dem Dritten nicht, da er sich bei dem Vormundschaftsgericht — das in diesem Falle seine Auskunft nicht verweigern darf — über die Erteilung der durch Abschluß des Vertrages wirksam gewordenen Genehmigung (vgl. § 1828 A 1) zuverlässig unterrichten kann.

§ 1830

Hat der Vormund dem andern Teile gegenüber der Wahrheit zuwider die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts behauptet, so ist der andere Teil bis zur Mitteilung der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Widerrufe berechtigt, es sei denn, daß ihm das Fehlen der Genehmigung bei dem Abschlusse des Vertrags bekannt war[1]).

E I 1681 Abs 2, 4 II 1710 M 4, 1153 P 4, 797; 6, 311, 395.

1. Das in § 1830 behandelte **Widerrufsrecht** ist, sowohl was die Voraussetzungen als die Wirkungen betrifft, von dem Rücktritt wegen Irrtums verschiedenartig gestaltet. Die bloße Unkenntnis des Fehlens der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung berechtigt noch nicht zum Widerruf. Der Vormund muß ausdrücklich bei oder vor dem Vertragsabschluß der Wahrheit zuwider die Erteilung der Genehmigung behauptet und der Vertragsgegner sich hierauf verlassen haben. Die Unrichtigkeit braucht aber nicht etwa, was allerdings in der Mehrzahl der Fälle zutreffen wird, auf einem Verschulden des Vormundes zu beruhen. Einer binnen bestimmter Frist zu erklärenden Anfechtung des Vertrages bedarf es nicht. Das Widerrufsrecht kann zu jeder Zeit ausgeübt werden, solange nicht der Vertrag durch Mitteilung der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts durch den Vormund (vgl. § 1828 A 1) zu einem für beide Teile wirksamen geworden ist. Auf das Widerrufsrecht kann verzichtet werden. In diesem Falle ist die Wirksamkeit des Vertrages nach § 1829 zu beurteilen. Keinen Unterschied für das Widerrufsrecht macht es, ob der Vormund oder der Minderjährige mit Zustimmung des Vormundes das Vorhandensein der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung behauptet hat. Zur Ausübung des Widerrufsrechts hat der Vertragsgegner, wie durch die Wortstellung in § 1830 zum Ausdruck gebracht ist, nur nachzuweisen, daß jene Behauptung aufgestellt ist. Der Nachweis, daß er sich nicht im Irrtum befunden, sondern die Unrichtigkeit der Behauptung gekannt habe, ist vom Mündel zu führen. — Die aus der Unkenntnis des Fehlens der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sich ergebenden Rechtsfolgen sind vollständig in § 1830 geregelt. Für eine Anfechtung wegen Irrtums ist daneben kein Raum. Die Ansprüche auf Schadensersatz gegen den Vormund wegen arglistiger Täuschung bleiben dagegen unberührt.

§ 1831

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Vormund ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornimmt, ist unwirksam[1]). Nimmt der Vormund mit dieser Genehmigung ein solches Rechtsgeschäft einem andern gegenüber vor, so ist das Rechtsgeschäft unwirksam, wenn der Vormund die Genehmigung nicht in schriftlicher Form vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist[2]).

E I 1681 Abs 2 II 1711 M 4, 1153 P 4, 797.

1. Die verschiedenartige Behandlung des **einseitigen Rechtsgeschäfts** und des Vertrages (vgl. § 111) hat darin ihren Grund, daß der Dritte es in der Hand hat, ob und unter welchen Bedingungen er sich auf einen Vertrag mit dem Vormunde einlassen will, während er sich die Vornahme des einseitigen Rechtsgeschäfts gefallen lassen muß. Das einseitige Rechtsgeschäft ist deshalb, wenn dem Vormunde wegen Nichtvorhandenseins der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung die Vertretungsmacht fehlt, endgültig **unwirksam** und kann durch Nachbringung der Genehmigung nicht wirksam gemacht werden. Anders, wenn zur Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes eine Frist besteht. Die Fristbestimmung wird in Ermangelung einer anderen Festsetzung dahin zu verstehen sein, daß es genügt, wenn die Erfordernisse des einseitigen Rechtsgeschäfts beim Ablauf der Frist vorliegen und daß deshalb die zum Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts erforderlichen Erklärungen innerhalb der Frist auch nacheinander abgegeben werden dürfen.

Die dem Nachlaßgericht gegenüber erklärte Ausschlagung der Erbschaft ist deshalb nicht aus dem Grunde unwirksam, weil nicht gleichzeitig mit der Erklärung die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei dem Nachlaßgericht eingegangen ist, sondern innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgebracht ist (anders KGJ 21 A 197, KG in RJA 5, 143 und die herrschende Ansicht, die auch in § 1945 A 1 dieses Kommentars vertreten ist; vgl. Eccius in Gruch 44, 768 ff.). Die zur Anstellung der Klage auf Anfechtung der Ehe usw. (§ 1821 A 3) erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung kann innerhalb der Frist bis zur letzten mündlichen Verhandlung nachgebracht werden.

2. Gegenüber der Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts (Rechtshandlung) wird der andere Teil auch insofern geschützt, als er das Rechtsgeschäft nicht gelten zu lassen braucht, wenn der Vormund sich nicht zugleich über die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durch Vorlegung der Urschrift oder einer beglaubigten Abschrift der Verfügung ausgewiesen hat. Er muß aber, wenn er aus diesem Grunde das **Rechtsgeschäft zurückweisen** will, dies unverzüglich erklären (vgl. § 111). Dieses Recht der Zurückweisung haben nur Private, nicht Behörden, die in Vertretung der beteiligten Personen eine Erklärung entgegenzunehmen haben (Nachlaßgericht, Vormundschaftsgericht usw.). Durch die Zurückweisung wird dem Rechtsgeschäft, soweit der Zurückweisende hieraus ein Recht herleiten könnte, unwiderbringlich jede Wirkung entzogen. Der Zurückweisende kann nicht hinterher seine Willensentschließung ändern und kann sich nicht darauf berufen, daß er durch Irrtum zu der Zurückweisung bestimmt worden sei.

§ 1832

Soweit der Vormund zu einem Rechtsgeschäfte der Genehmigung des Gegenvormundes bedarf, finden die Vorschriften der §§ 1828 bis 1831 entsprechende Anwendung[1] [2].

E I 1682 II 1712 M 4, 1155 P 4, 799.

1. Die Vorschriften der §§ 1828 bis 1831 über die Notwendigkeit, die Genehmigung dem Vormunde gegenüber zu erklären, und über die Wirkung des Mangels der Genehmigung beziehentlich des mangelnden Ausweises finden in gleicher Weise auf den **Gegenvormund** Anwendung. Auch die von dem Gegenvormund zu erteilende Genehmigung ist als eine Mitwirkung an der Verwaltung des Vormundes aufzufassen (vgl. § 1821 A 1; a. M. Staudinger A 4).

2. Die **Rechtsfolgen der mangelnden Zustimmung des Vormundes** bestimmen sich lediglich nach §§ 108 ff. Hat ein Dritter mit dem Minderjährigen, den er als solchen nicht erkannt hat, ohne Zustimmung des Vormundes und zugleich ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einen Vertrag geschlossen, so ist die Wirksamkeit des Vertrages, sobald der Vormund nachträglich seine Zustimmung erteilt hat, ausschließlich nach §§ 1829, 1830 zu beurteilen. Es kann dem Dritten nicht auf Grund des § 109 Abs 1 das Recht des Widerrufs bis zur Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unter dem Gesichtspunkte, daß die Zustimmung des Vormundes als ein einseitiges Rechtsgeschäft wegen Fehlens der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1831 unwirksam sei, eingeräumt werden. Denn nicht die Zustimmung des Vormundes, sondern der Vertrag selbst ist genehmigungsbedürftig (so Predari in Gruch 52, 17 ff.; a. M. Meyer S 1 ff. das.).

§ 1833

Der Vormund ist dem Mündel für den aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schaden verantwortlich, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt[1] [2]. Das Gleiche gilt von dem Gegenvormunde[3].

Sind für den Schaden mehrere[4] nebeneinander verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner. Ist neben dem Vormunde für den von diesem verursachten Schaden der Gegenvormund oder ein Mitvormund nur wegen Verletzung seiner Aufsichtspflicht verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zueinander der Vormund allein verpflichtet.

E I 1696 II 1732 M 4, 1175 P 4, 816.

1. Die **Schadensersatzpflicht des Vormundes** setzt voraus, daß ihm die Pflichtverletzung als Verschulden anzurechnen ist. Konnte er ohne Schuld das Pflichtwidrige seiner Handlung nicht erkennen oder war er ohne Schuld verhindert, das als seine Pflicht Erkannte auszuführen, so entfällt die Haftbarkeit. Die von ihm zu betätigende Sorgfalt beschränkt sich nicht auf die in eigenen Angelegenheiten gewohnte Sorgfalt. Er hat vielmehr (soweit

ihm dies nach seiner Persönlichkeit überhaupt möglich) die Sorgfalt zu beobachten, die von einem normalen Menschen verständigerweise verlangt werden kann. Damit, daß er durch dringende Geschäfte in eigenen Angelegenheiten abgehalten gewesen sei, kann er sich nicht entschuldigen, da er nötigenfalls für Vertretung hätte sorgen müssen und keinesfalls die Angelegenheiten des Mündels seinen Angelegenheiten hintansetzen darf. Auch dadurch wird er nicht entschuldigt, daß das Vormundschaftsgericht ein gleiches Versehen trifft, wennschon der Umstand, daß auch der Vormundschaftsrichter die Sachlage unrichtig beurteilt hat, in zweifelhaften Fällen zugunsten des Vormundes ins Gewicht fallen muß (RG JW 04, 473[14]). Die von dem Vormunde zu erfüllenden Pflichten bestimmen sich nach den für die einzelnen Obliegenheiten vom Gesetz gegebenen Vorschriften. Ergänzend greift der allgemeine Grundsatz ein, daß der Vormund die Verwaltung mit der gehörigen Sorgfalt zu führen hat, welcher Grundsatz zugleich neben den gesetzlichen Vorschriften zur Geltung kommt (vgl. § 1807 A 1, § 1806 A 1). Nicht ersatzpflichtig ist der Vormund, der durch sein Verschulden den Unterhaltsprozeß verloren hat, solange der natürliche Vater mittellos ist Es kann aber gleich im voraus für den Fall der Besserung seiner Vermögensverhältnisse auf Feststellung der Ersatzpflicht des Vormundes geklagt werden (RG 24. 11. 04 IV 233/04). Wird der Vormund ersatzpflichtig gemacht, so ist ihm die Verletzung seiner Pflichten nachzuweisen (s. hierüber § 1664 A 1). — Hat der Vormund in betrüglichem Einverständnis mit dem Vertragsgegner zum Nachteil des Mündels gehandelt, so ist auch der Gegner ersatzpflichtig und kann aus dem Vertrage keine Ansprüche gegen den Mündel herleiten.

2. Die den Vormund haftbar machende Pflichtverletzung untersteht nicht den Vorschriften über **unerlaubte Handlungen.** Von dem Vormunde wird, falls er nicht zur Vormundschaft unfähig ist (vgl. § 1780 A 1), durch Übernahme des Amtes ein besonderes Verpflichtungsverhältnis gegenüber dem Mündel eingegangen, das einem Schuldverhältnis gleichartig ist. Der Schadensersatzanspruch des Mündels unterliegt deshalb nicht der dreijährigen Verjährung des § 852, sondern der allgemeinen 30jährigen Verjährung (RG 8. 7. 07 IV 29/07). Gemäß § 204 letzter Satz ist die Verjährung während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses gehemmt. Es greift nicht der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, sondern der Gerichtsstand der Vermögensverwaltung (§ 31 ZPO) Platz, der sich regelmäßig nach dem Wohnsitz des Vormundes bestimmt. Wegen des Vorrechts des Mündels im Konkurse des Vormundes s. § 61 Nr 5 KO.

3. Die zu 1 und 2 dargestellten Grundsätze gelten auch für den **Gegenvormund,** der sich durch Vernachlässigung der Überwachungspflicht (§ 1799 A 1) oder durch pflichtwidrige Erteilung der Genehmigung ersatzpflichtig machen kann. Der Gerichtsstand der Vermögensverwaltung bestimmt sich auch für den Gegenvormund nach dem Orte der von dem Vormunde geführten Verwaltung.

4. Ist dem Mündel ein Schaden durch das Verschulden **mehrerer Vormünder** (vgl. § 1797 A 1) oder des Vormundes und Gegenvormundes, des Vormundes und Vormundschaftsrichters entstanden, so hat nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 840 Abs 1) ein jeder für die Folgen seines schuldhaften Handelns in vollem Umfange einzustehen, sodaß ein Gesamtschuldverhältnis begründet wird. Im Verhältnis zueinander sind die Gesamtschuldner nach der Regel des § 426 zu gleichen Anteilen in der Art verpflichtet, daß der bei einem Gesamtschuldner entstehende Ausfall gleichteilig von den übrigen zu tragen ist. Diese Regel erleidet — entsprechend der Vorschrift des § 840 Abs 2 — eine Ausnahme, wenn der Mitvormund oder Gegenvormund nur wegen Verletzung der Aufsichtspflicht haftet. Der Schaden fällt hier, was die Ausgleichungspflicht betrifft, dem Vormunde, der den Schaden durch seine Handlung verursacht hat, allein zur Last.

§ 1834

Verwendet der Vormund Geld des Mündels für sich, so hat er es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen[1]).

E I 1697 II 1733 M 4, 1180 P 4, 817.

1. Die **Verpflichtung zur Verzinsung** stellt sich als eine über die Grenzen des § 1834 nicht auszudehnende Schadensersatzpflicht dar, welche die Besonderheit hat, daß sie weder ein Verschulden des Vormundes noch den Nachweis eines dem Mündel entstandenen Schadens voraussetzt (vgl. § 668). Die Verzinsung erfolgt nach § 246 mit 4 vom Hundert. Dem Mündel ist es unbenommen, einen ihm erwachsenen höheren Schaden, für den er dann beweispflichtig ist, ersetzt zu verlangen. In der bloßen Vermischung des dem Mündel und dem Vormunde gehörigen Geldes ist eine Verwendung im Sinne des § 1834 noch nicht zu sehen. Dagegen tritt eine Verzinsungspflicht hinsichtlich des Anteils des Mündels an dem vermischten Gelde ein, soweit dieses der Vormund in seinen eigenen Nutzen verwendet hat.

1835

Macht der Vormund zum Zwecke der Führung der Vormundschaft Aufwendungen, so kann er nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 669, 670 von dem Mündel Vorschuß oder Ersatz verlangen. Das gleiche Recht steht dem Gegenvormunde zu.

Als Aufwendungen gelten auch solche Dienste des Vormundes oder des Gegenvormundes, die zu seinem Gewerbe oder seinem Berufe gehören[1][2]).

E I 1698 II 1734 M 4, 1181 P 4, 817.

1. Hat der **Vormund Aufwendungen** an Geld oder sonstigen Gegenständen gemacht, die er ohne Verschulden für gerechtfertigt halten durfte, so kann er gemäß § 670 **Ersatz** beanspruchen, worüber im Streitfalle der Prozeßrichter entscheidet. Der Festsetzung durch das Vormundschaftsgericht unterliegen die Aufwendungen nicht. Sind die Gegenstände dem Mündel zur Benutzung überlassen, so kann natürlich nur Entschädigung für diese Benutzung (Mietzins usw.) gefordert werden. Ein Anspruch auf Ersatz für Zeitversäumnis steht dem Vormunde nicht zu, auch dann nicht, wenn er durch die Versäumnis Einbuße an seinem Tagelohn erleidet (bestr.). Wird ihm hierfür, wie es meist geschieht, eine Entschädigung gewährt, so handelt es sich um eine Vergütung im Sinne des § 1836. Hinsichtlich der Leistung von Diensten ist zu unterscheiden zwischen den zur Verwaltungstätigkeit gehörigen vormundschaftlichen Diensten und den sonstigen Diensten, welche der Vormund regelmäßig durch einen andern auf Kosten des Mündels verrichten läßt. Ist der Vormund in der Lage, letztere Dienste, weil sie zu seinem Gewerbe oder Berufe gehören, selbst zu leisten, so kann er hierfür angemessene Vergütung fordern. Dem Vormund, der zugleich Rechtsanwalt ist, stehen deshalb die tarifmäßigen Gebühren für Vertretung des Mündels im eigentlichen Rechtsstreit zu, nicht aber für die Vereinnahmung und Ablieferung von Geldern, für den Erlaß eines Mahnschreibens und derartige Handlungen, die über die dem Vormunde obliegende Verwaltungstätigkeit nicht hinausgehen. Zu dem dem Vormunde gebührenden vollen Ersatz gehört es, daß der ihm zukommende Geldbetrag bereits von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen ist (§ 256; s. auch § 246 BGB und § 352 HGB wegen des Zinsfußes). Besteht die Aufwendung in Übernahme einer Verbindlichkeit, so kann der Vormund gemäß § 257 Ersatz durch Befreiung von der Verbindlichkeit und, wenn diese noch nicht fällig ist, jedenfalls Sicherheitsleistung dafür, daß er nicht in Anspruch genommen wird, verlangen.

2. Ebensowenig wie der Vormund zu Vermögensaufwendungen verpflichtet ist, kann von ihm verlangt werden, daß er in **Vorschuß** geht (vgl. § 669). Er kann die ihm obliegenden Ausgaben unmittelbar aus dem Mündelvermögen bestreiten und es ist seine Sache, dafür zu sorgen, daß das Mündelvermögen die zur Berichtigung ausreichenden Barmittel enthält. Auch die Portoauslagen braucht er nicht vorzuschießen. Doch würde er sich, wenn er hierzu nicht bereit ist, bei Vermögenslosigkeit der Vormundschaft anstelle des Schriftwechsels zur mündlichen Rücksprachnahme entschließen müssen, ohne für diese Gänge Anspruch auf Ersatz wegen Zeitversäumnis zu haben. Der Anspruch des Vormundes auf Leistung eines Vorschusses kann, da er das Mündelvermögen selbst verwaltet, abgesehen vom Gegenvormunde, hauptsächlich nur von Bedeutung werden zugunsten des Mitvormundes, wenn Mittel zur Deckung zwar nicht in dem von ihm selbst verwalteten Mündelvermögen, wohl aber in dem unter Verwaltung des andern Vormundes stehenden Vermögen vorhanden sind, oder wenn den Mitvormündern die gemeinschaftliche Verwaltung übertragen ist.

§ 1836

Die Vormundschaft wird unentgeltlich geführt. Das Vormundschaftsgericht[1]) kann jedoch dem Vormund und aus besonderen Gründen auch dem Gegenvormund[3]) eine angemessene Vergütung bewilligen. Die Bewilligung soll nur erfolgen, wenn das Vermögen des Mündels sowie der Umfang und die Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte es rechtfertigen[2]). Die Vergütung kann jederzeit für die Zukunft geändert oder entzogen werden[1]).

Vor der Bewilligung, Änderung oder Entziehung soll der Vormund und, wenn ein Gegenvormund vorhanden oder zu bestellen ist, auch dieser gehört werden[1]).

E I 1699 II 1735 M 4, 1181 P 4, 817.

1. Die **Entscheidung des Vormundschaftsgerichts über Bewilligung einer Vergütung** hat darüber, ob und in welcher Höhe die Vergütung zu bewilligen ist, nur die Be-

deutung, daß der Vormund (Gegenvormund) berechtigt ist, den festgesetzten Betrag aus dem Mündelvermögen zu entnehmen. Kann der Vormund seine Befriedigung auf diesem Wege nicht mehr erlangen, so ist er auf den Klageweg angewiesen. Das Vormundschaftsgericht soll vor der Entscheidung den Vormund und Gegenvormund hören. Ist die Vergütung im voraus für die erst später zu leistende Tätigkeit festgesetzt, so kann das Vormundschaftsgericht seine Entscheidung, soweit nicht inzwischen die Vergütung von dem Vormunde verdient ist, jederzeit abändern, soll vorher aber ebenfalls den Vormund und Gegenvormund hören. Zu der Abänderung ist das Vormundschaftsgericht auch dann noch befugt, wenn seine Entscheidung in der Beschwerdeinstanz bestätigt ist, falls inzwischen neue Gesichtspunkte, die eine andere Beurteilung rechtfertigen, hervorgetreten sind. Beschwerdeberechtigt ist der Benachteiligte. Ist dies der Mündel, so wird sein Beschwerderecht, falls es sich um eine dem Vormunde (Pfleger) bewilligte Vergütung handelt, von dem Gegenvormunde ausgeübt (§ 57 Nr 7 FGG). Auch die weitere Beschwerde ist zulässig, die jedoch darauf allein, daß der festgesetzte Betrag nicht angemessen sein soll, was einen Rechtsverstoß nicht enthält (§ 27 FGG), nicht gegründet werden kann. Kommt es zum Prozesse, so bleibt die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, soweit nicht inzwischen die Sachlage sich verändert hat, für den Prozeßrichter maßgebend (a. M. Staudinger A 3; vgl. KG in RJA 6, 13 ff. und 34). Über die Befugnis des Vormundschaftsgerichts und Beschwerdegerichts, die Vergütung noch nach Beendigung der Vormundschaft festzusetzen, s. § 1892 A 1.

2. **Voraussetzungen der Vergütung.** Für die Bewilligung der Vergütung und die Bemessung der Höhe kommt es wesentlich auf die Größe des Mündelvermögens und die Mühewaltung des Vormundes an, die objektiv nach dem Umfang der Geschäfte und der Schwierigkeit der Verwaltung zu beurteilen ist. Nebenbei kann auch der Erfolg der Mühewaltung berücksichtigt werden. Auch der Umstand kann in Betracht kommen, daß der Vormund ein naher Verwandter des Mündels ist, dem daher eher ein Opfer zugemutet werden kann wie einem Fremden. Die Bewilligung kann aber nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, weil der Vormund vermögend ist. Der von der Reichstagskommission gemachte Vorschlag, den Höchstbetrag der Vergütung auf 2 vom Tausend des Vermögensbestandes festzusetzen, ist nicht Gesetz geworden.

3. Gegenüber dem früheren Recht ist es eine Neuerung, daß auch dem **Gegenvormund** eine Vergütung bewilligt werden kann, was jedoch nur unter außergewöhnlichen Umständen statthaft ist.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts

§ 1837

Das Vormundschaftsgericht hat über die gesamte Tätigkeit des Vormundes und des Gegenvormundes die Aufsicht zu führen und gegen Pflichtwidrigkeiten durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten[1]) [2]).

Das Vormundschaftsgericht kann den Vormund und den Gegenvormund zur Befolgung seiner Anordnungen durch Ordnungsstrafen anhalten. Die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen[3]).

E I 1684 II 1714 M 4, 1010 ff., 1026 und 1155 P 4, 800.

1. Das **Aufsichtsrecht des Vormundschaftsgerichts** ist, wie schon die Überschrift zu diesem Abschnitt „Fürsorge und Aufsicht" erkennen läßt, nicht darauf beschränkt, rein formal die Innehaltung der dem Verwaltungsrecht des Vormundes durch Gesetz oder Anordnung des Zuwenders (§ 1803) gezogenen Grenzen zu überwachen. Das Vormundschaftsgericht hat vielmehr zum Schutze des Mündels gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormundes einzuschreiten, mögen diese auch nur darin bestehen, daß er unter Außerachtlassung der ihm nach § 1833 (1789) obliegenden Sorgfalt etwas tut oder unterläßt, was zum Schaden des Mündels ausschlagen muß. Der Vormundschaftsrichter hat sich selbstverständlich davor zu hüten, in die dem Vormunde gewährleistete Selbständigkeit einzugreifen. Steht lediglich in Frage, ob eine Maßnahme mehr oder weniger zweckmäßig ist, so darf er nicht seine Ansicht über die des Vormundes stellen. Der Vormund hat hier nach freiem Ermessen zu handeln. Ist aber die Zweckwidrigkeit eine so große, daß eine erhebliche Schädigung des Mündels eintreten muß und ist danach das Verhalten des Vormundes als ein pflichtwidriges zu beurteilen, so darf der Vormundschaftsrichter nicht säumen, hiergegen einzuschreiten (vgl. KG in OLG 7, 125; abw. Staudinger A 1c und Planck A 1). Das Einschreiten setzt allerdings voraus, daß

die Pflichtwidrigkeit dem Vormunde als Verschulden anzurechnen ist (KG in RJA 6, 259). Andernfalls kann das Vormundschaftsgericht nur in der Weise vorgehen, daß es den Vormund wegen Gefährdung der Interessen des Mündels entläßt (§ 1886). Es kann aber, wenn die Entlassung eingeleitet ist, dem Vormunde vorläufig bis zur Entscheidung des neuen Vormundes die Vornahme der den Mündel gefährdenden Handlungen verbieten (KG in RJA 6, 18). Eine bindende Entscheidung über Ansprüche des Mündels gegen den Vormund oder des letzteren gegen den Mündel kann — abgesehen von der Festsetzung der Vergütung (§ 1836) — von dem Vormundschaftsgericht kraft seines Aufsichtsrechts nicht getroffen werden, auch nicht bei Prüfung der von dem Vormunde zu legenden Rechnungen (s. hierüber § 1843 A 2). Das Vormundschaftsgericht kann auch hinsichtlich der Rechtsstreitigkeiten mit dritten Personen in das dem Vormunde zustehende freie Ermessen (solange dieser nicht geradezu pflichtwidrig handelt) nicht eingreifen. Es kann insbesondere den Vormund nicht anhalten, die von einem Dritten gegen den Mündel erhobenen Ansprüche anzuerkennen. Was die Unterhaltsansprüche des Mündels gegen den natürlichen Vater betrifft, so wird das Vormundschaftsgericht darauf bestehen können, daß dieser, wenn er den Prozeß vermeiden will, seine Verpflichtungen in vollstreckbarer Urkunde anerkennt. — Verschieden von der Aufsicht ist die unterstützende Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts, die sich darin äußert, daß es im einzelnen Falle dem Vormunde Rat gibt, was zu tun und zu unterlassen ist und daß es mit den ihm als Behörde zu Gebote stehenden, dem Vormunde nicht leicht erreichbaren Mitteln Hilfe leistet. Die Unterstützung darf niemals so weit gehen, daß dem Vormunde die Verwaltung abgenommen wird.

2. Die Ausübung des Aufsichtsrechts findet **nur im Interesse des Mündels** statt. Dritte Personen können deshalb ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts in ihrem Interesse behufs Verwirklichung der von ihnen erhobenen Ansprüche nicht verlangen und sind demgemäß, wenn ihren Anträgen nicht stattgegeben wird, auch nicht zur Erhebung der Beschwerde berechtigt (OLG 7, 125; BayObLG 7, 98). Beschwerdeberechtigt ist nach § 57 Nr 6 FGG der Gegenvormund, wenn sein Antrag, gegen den Vormund wegen pflichtwidrigen Verhaltens einzuschreiten, zurückgewiesen ist. Außerdem ist durch § 57 Nr 9 FGG gegen eine auf dem Gebiete der Sorge für die Person des Mündels liegende Verfügung des Vormundschaftsgerichts jedem Beteiligten ein Beschwerderecht im Interesse des Mündels (**RG** 64, 290) eingeräumt, das auch von dem über 14 Jahr alten, nicht geschäftsunfähigen Mündel ausgeübt werden kann (§ 59 das.).

3. Zur Durchführung der von ihm erlassenen Aufsichtsanordnungen, mögen sie formeller oder sachlicher Natur sein, ist dem Vormundschaftsgericht das Recht der Verhängung von **Ordnungsstrafen bis zu 300 ℳ** gegeben (s. hierüber Vorbem 5 vor § 1773). Die Ordnungsstrafe (deren Mindestbetrag gemäß dem allgemeinen Grundsatze des § 27 StGB auf 1 ℳ anzunehmen ist) dient nur dazu, die Anordnungen des Vormundschaftsgerichts zu erzwingen (Exekutivstrafe) und kann deshalb, sobald die Anordnung zur Ausführung gekommen ist, nicht mehr festgesetzt oder beigetrieben werden. Eine Beschwerde wird nicht nur gegen die Festsetzung, sondern auch schon gegen die Androhung der Ordnungsstrafe (OLG 18, 299; vgl. § 33 FGG) zuzulassen sein (bestr.).

§ 1838

Das Vormundschaftsgericht kann anordnen, daß der Mündel zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder einer Besserungsanstalt untergebracht[1]) wird. Steht dem Vater oder der Mutter die Sorge für die Person des Mündels zu, so ist eine solche Anordnung nur unter den Voraussetzungen des § 1666 zulässig[2]).

E I 1685 II 1715 M 4, 1156 P 4, 800.

1. Auf dem Gebiete der Erziehung des Kindes ist dem Vormundschaftsgericht in Erweiterung seiner Aufsichtsbefugnisse aus § 1837 das Recht gegeben, über die anderweite **Unterbringung des Mündels**, falls es nach seinem Ermessen die bisherige Unterbringung als diesem nachteilig erachtet, Bestimmung zu treffen und nötigenfalls die Unterbringung selbst herbeizuführen. Für zulässig ist eine solche Unterbringung von dem KG schon zum Zweck der Ausbildung des Mündels in der deutschen Sprache erachtet (ZBlFG 5, 260[222]). Vor der Entscheidung sind der Vormund und Gegenvormund sowie nach Maßgabe des § 1847 Verwandte und Verschwägerte des Mündels zu hören. Überläßt das Vormundschaftsgericht dem Vormunde die Unterbringung, so muß es sich in der Anordnung bestimmt darüber aussprechen, welche der zulässigen drei Maßnahmen (Unterbringung in eine Familie, eine Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt) ergriffen werden soll. Die Unterbringung hat zur Folge, daß der Vormund die planmäßige Erziehung des Mündels

der neuen Stätte überlassen muß, wodurch jedoch im übrigen sein Recht der Sorge für die Person des Mündels nicht verloren geht. Hinsichtlich der Unterbringung des Mündels in eine Krankenanstalt, Irrenanstalt usw., die nicht zu Zwecken der Erziehung erfolgt, verbleibt es bei den Bestimmungen des § 1837. Das Vormundschaftsgericht hat es dem Befinden des Vormundes zu überlassen, welche Maßnahmen im einzelnen zur Heilung des Mündels zur Bewachung des Geisteskranken usw. vorzunehmen sind (vgl. KG in OLG 12, 346).

2. Das Recht der Unterbringung ist dem Vormundschaftsgericht nur gegeben gegenüber dem Vormunde, nicht gegenüber dem für die Person des Mündels **fürsorgeberechtigten Elternteil** (vgl. § 1800 A 2). Ihm gegenüber kann das Recht der Sorge für die Person des Kindes ebenso wie die elterliche Gewalt nur unter den Voraussetzungen des § 1666 (Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes) eingeschränkt werden (§ 1666 A 1).

§ 1839

Der Vormund sowie der Gegenvormund hat dem Vormundschaftsgericht auf Verlangen jederzeit über die Führung der Vormundschaft und über die persönlichen Verhältnisse des Mündels Auskunft[1]) zu erteilen.

E I 1686 II 1716 M 4, 1156 P 4, 802.

1. Kraft des Aufsichtsrechts ist das Vormundschaftsgericht befugt, über alle die Vormundschaft betreffenden Angelegenheiten, sowohl über die persönlichen Verhältnisse des Mündels — was in § 1839 besonders hervorgehoben ist — als über die Angelegenheiten der Vermögensverwaltung **von dem Vormunde Auskunft zu erfordern.** Zur Erteilung von Auskunft über bestimmte Vermögensangelegenheiten ist auch der von der Pflicht der Rechnungslegung befreite Vormund verbunden. Auf Grund des Aufsichtsrechts kann das Vormundschaftsgericht bei besonderer Veranlassung auch verlangen, daß ihm die zum Vermögensverzeichnis gehörigen Belege (KGJ 36 A 38), die zum Mündelvermögen gehörigen Wertpapiere usw. vorgelegt werden, und kann unter besonderen Umständen auch eine Prüfung des Standes des Geschäfts durch einen Sachverständigen vornehmen lassen.

§ 1840

Der Vormund hat über seine Vermögensverwaltung dem Vormundschaftsgerichte Rechnung zu legen[1]).

Die Rechnung ist jährlich zu legen. Das Rechnungsjahr wird von dem Vormundschaftsgerichte bestimmt[2]).

Ist die Verwaltung von geringem Umfange, so kann das Vormundschaftsgericht, nachdem die Rechnung für das erste Jahr gelegt worden ist, anordnen, daß die Rechnung für längere, höchstens dreijährige Zeitabschnitte zu legen ist[2]).

E I 1687 Abs 1—3 II 1718 M 4, 1157 P 4, 802.

1. Die **Verpflichtung zur Rechnungslegung** besteht nicht bloß dem Vormundschaftsgericht, sondern als privatrechtliche Pflicht auch dem Mündel gegenüber (bestr.). Der Vormund macht sich diesem gegenüber verantwortlich, wenn er die Rechnungslegung unterläßt. Er kann sich auch nicht damit entschuldigen, daß das Vormundschaftsgericht die Rechnungslegung nicht von ihm gefordert habe. Die Rechnungspflicht erstreckt sich — abweichend von der Pflicht zur Einreichung des Vermögensverzeichnisses (vgl. § 1802 A 1) — nur auf das in der Verwaltung des Vormundes befindliche Vermögen. Dadurch indes, daß das Vermögen sich im Besitz eines Nießbrauchers oder Pfandgläubigers befindet, wird die Rechnungslegung nicht ausgeschlossen, wenn schon diese bei dem etwaigen Fehlen von Einnahmen und Ausgaben sich auf die Einreichung einer Vermögensübersicht beschränken muß. Keine Rechnungslegung findet statt, soweit das Mündelvermögen in der Nutznießung und Verwaltung eines andern steht, mag auch der Vormund selbst der Inhaber dieses Rechts sein. Ist die Verwaltung des Vermögens unter mehrere Vormünder nach bestimmten Geschäftszweigen verteilt (§ 1797 Abs 2), so legt jeder Vormund über seine Verwaltung besondere Rechnung. Bei ungeteilter Verwaltung haben die mehreren Vormünder gemeinschaftlich Rechnung zu legen (§ 1797 Abs 1). Aus der Pflicht zur Rechnungslegung folgt auch die Pflicht, die Richtigkeit der Rechnung durch Leistung des Offenbarungseides zu versichern (§ 259 Abs 2). Diese eidliche Versicherung kann jedoch nur der Mündel nach beendeter Vormundschaft, nicht auch der Regel nach, da sonst den Rechten des Mündels vorgegriffen würde, das Vormundschaftsgericht verlangen. Die Kosten der Rechnungslegung fallen

dem Mündel zur Last. Der Vormund kann, wenn er bei der Rechnungsaufstellung sich fremder Hilfe bedient hat und dies nach den Umständen gerechtfertigt erscheint, auch die hierfür gemachten Aufwendungen gemäß § 1835 ersetzt verlangen.

2. Das **Rechnungsjahr** ist behufs gleichmäßiger Verteilung der Prüfungslast auf das Geschäftsjahr von dem Vormundschaftsgericht zu bestimmen. Infolge dieser Bestimmung kann sich das mit der Bestellung des Vormundes beginnende erste Rechnungsjahr verkürzen. Eine Verlängerung dieses Rechnungsjahrs ist unstatthaft. Erst nach Legung der Rechnung für das erste Jahr kann die Rechnungslegungsperiode, was nur bei kleineren Verwaltungen geschehen soll, auf einen längeren Zeitraum, der drei Jahre nicht übersteigen darf, festgesetzt werden. Diese Anordnung kann das Vormundschaftsgericht jederzeit wieder ändern. Ein Erlaß der Rechnungslegung ist unzulässig.

§ 1841

Die Rechnung soll eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthalten, über den Ab- und Zugang des Vermögens Auskunft geben und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, mit Belegen versehen sein[1]).

Wird ein Erwerbsgeschäft mit kaufmännischer Buchführung betrieben, so genügt als Rechnung eine aus den Büchern gezogene Bilanz. Das Vormundschaftsgericht kann jedoch die Vorlegung der Bücher und sonstigen Belege verlangen[2]).

E I 1687 Abs 4, 5 II 1719 M 4, 1158 P 4, 802.

1. Die Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben, welche die **Rechnung** enthalten soll, muß eine nach Gegenständen geordnete sein. Im übrigen dürfen an die Übersichtlichkeit der Rechnung keine zu großen Anforderungen gestellt werden (vgl. M 4, 1158) und darf insbesondere nicht etwa die Benutzung eines bestimmten Formulars verlangt werden. Es genügt, wenn die Rechnung so aufgestellt ist, daß sie verständlich ist. Das Vormundschaftsgericht kann, soweit es zum Verständnis der Rechnung nötig erscheint, nähere Erläuterung der Angaben fordern. Ist aus der Rechnung eine Übersicht nicht zu gewinnen, so kann der Vormund zur Neuaufstellung der Rechnung vorgeladen werden. Eine Übersicht über den zeitigen Bestand des Vermögens braucht mit der Rechnung nicht verbunden zu sein. Statt dessen soll, damit das Vermögensverzeichnis danach ergänzt werden kann, ein Bericht über den während des Zeitabschnitts der Rechnungslegung eingetretenen Ab- und Zugang des Vermögens beigefügt werden, der zweckmäßig am Schlusse der Rechnung zu geben ist. Was die Beifügung von Belegen betrifft, so ist nicht zu verlangen, daß über jede untergeordnete Ausgabe ein Beleg erteilt wird. Es kommt hierfür auf die Gepflogenheiten des geschäftlichen Lebens an. Die größere oder geringere Vertrauenswürdigkeit des Vormundes kann nicht entscheidend sein. Die Belege sind nach Prüfung der Rechnung, falls nicht ein besonderer Grund vorliegt, sie bei den Akten zurückzubehalten, an den Vormund zur Aufbewahrung zurückzugeben. Es kann zweckmäßig sein, sie vor der Rückgabe mit einem Vermerke zu versehen, daß sie bei Prüfung der Rechnung vorgelegen haben.

2. Dies gilt nicht bloß für ein kaufmännisches Geschäft, sondern für ein jedes Erwerbsgeschäft mit kaufmännisch eingerichteter Buchführung. Die **Bilanz** enthält die aus den Geschäftsbüchern hervorgehenden Schlußsummen (Aktiv- und Passivkonten, Gewinn- und Verlustkonten) und den hieraus sich ergebenden Ausgleichungsbetrag. Zur Prüfung der Bilanz können die Bücher und Belege eingefordert werden.

§ 1842

Ist ein Gegenvormund vorhanden oder zu bestellen, so hat ihm der Vormund die Rechnung unter Nachweisung des Vermögensbestandes vorzulegen. Der Gegenvormund hat die Rechnung mit den Bemerkungen zu versehen, zu denen die Prüfung ihm Anlaß gibt[1]).

E I 1687 Abs 6 II 1720 M 4, 1159 P 4, 802, 804.

1. Der **Gegenvormund** hat, wie das Vermögensverzeichnis, so auch die von dem Vormund aufgestellte Rechnung in bezug auf Richtigkeit und Vollständigkeit zu prüfen und sich zu diesem Zwecke den Vermögensbestand nachweisen zu lassen (vgl. § 1799 A 2, § 1802 A 3). Von Erfüllung dieser Pflicht darf er sich dadurch nicht abhalten lassen, daß ihm der Vormund vertrauenswürdig erscheint. Nicht zu verlangen ist aber, daß er jeden einzelnen unbedeutenderen Vermögensgegenstand sich vorzeigen läßt.

§ 1843

Das Vormundschaftsgericht hat die Rechnung rechnungsmäßig und sachlich zu prüfen und, soweit erforderlich, ihre Berichtigung und Ergänzung herbeizuführen[1])[2]).

Ansprüche, die zwischen dem Vormund und dem Mündel streitig bleiben, können schon vor der Beendigung des Vormundschaftsverhältnisses im Rechtswege geltend gemacht werden[2]).

E I 1688 II 1721 M 4, 1159 P 4, 803; 6, 444.

1. Die „rechnungsmäßige" **Prüfung** der von dem Vormund gelegten Rechnung erstreckt sich darauf, ob die Zusammenrechnung richtig erfolgt ist und ob die Rechnungsposten mit den Belegen übereinstimmen, während die sachliche Prüfung darauf gerichtet ist, ob die aus dem Mündelvermögen zu gewinnenden Einnahmen gemacht sind, ob die Ausgaben gerechtfertigt sind und ob überhaupt die Verwaltung in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften geführt ist. Zur Prüfung der Rechnung kann der Richter nach Maßgabe der landesrechtlichen Vorschriften die Hilfe des Gerichtsschreibers oder Rechnungsbeamten benutzen. Von der sachlichen Prüfung oder Nachprüfung wird er jedoch hierdurch niemals befreit. Eine unbedingte Pflicht, das Vorhandensein des Kapitalvermögens sich nachweisen zu lassen, ist dem Vormundschaftsrichter nicht auferlegt. Ein in der zweiten Kommission nach dieser Richtung gestellter Antrag wurde abgelehnt.

2. Die **Abnahme der Rechnung** durch das Vormundschaftsgericht ist nicht bloß eine durch das Amt gebotene Pflicht, sondern auch eine dem Vormunde gegenüber zu erfüllende Pflicht. Die Entlastung des Vormundes kann allerdings in dem Abnahmebescheide nicht ausgesprochen werden. Die Erteilung der Entlastung bleibt vielmehr dem Mündel nach erreichter Volljährigkeit vorbehalten (vgl. § 1837 A 1). Der Bescheid kann sich nur darüber verhalten, ob und welche Erinnerungen von Aufsichts wegen zu ziehen sind. Diese Erinnerungen sind für den Rechtsverkehr zwischen Vormund und Vormundschaftsgericht verbindlich. Das Vormundschaftsgericht kann anordnen, daß bestimmte Ausgabeposten, die von ihm beanstandet werden, aus der Rechnung fortzulassen oder bestimmte Einnahmeposten hinzuzusetzen sind. Auf Grundlage der so berichtigten Rechnung sind dann auch die späteren Rechnungen aufzustellen. Der Entscheidung der zwischen dem Vormunde und dem Mündel bestehenden Streitpunkte wird aber dadurch nicht vorgegriffen. Wird es ausnahmsweise nötig, die Ansprüche schon vor Beendigung des Amtes des Vormundes zur Durchführung zu bringen, so kann dies nur im Wege des Prozesses geschehen, in welchem der Mündel durch einen Pfleger (§ 1909) zu vertreten ist.

§ 1844

Das Vormundschaftsgericht kann aus besonderen Gründen den Vormund anhalten, für das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen Sicherheit zu leisten. Die Art und den Umfang der Sicherheitsleistung bestimmt das Vormundschaftsgericht nach seinem Ermessen[1]). Das Vormundschaftsgericht kann, solange das Amt des Vormundes dauert, jederzeit die Erhöhung, Minderung oder Aufhebung der Sicherheit anordnen[2]).

Bei der Bestellung, Änderung oder Aufhebung der Sicherheit wird die Mitwirkung des Mündels durch die Anordnung des Vormundschaftsgerichts ersetzt[3]).

Die Kosten der Sicherheitsleistung sowie der Änderung oder der Aufhebung fallen dem Mündel zur Last[1]).

E I 1689 II 1722 M 4, 1010, 1039, 1161 P 4, 804.

1. Zur Beseitigung der Gefahr, daß die Ersatzansprüche des Mündels trotz des Konkursvorrechts aus § 61 Nr 5 KO aus dem Vermögen des Vormundes nicht volle Deckung erhalten, kann das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen, die nicht bloß in den persönlichen Verhältnissen des Vormundes, sondern auch in dem Umfange der Verwaltung und der Schwierigkeit der Beaufsichtigung liegen können, dem Vormunde die **Pflicht der Sicherheitsleistung** auferlegen. Das Vormundschaftsgericht hat hiernach dem Vormunde gegenüber eine viel weiter reichende Machtbefugnis als nach § 1668 gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt. Die Art und die Höhe der Sicherheitsleistung bestimmt das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen, ohne an die Vorschriften der §§ 232 ff. gebunden zu sein. Die durch die Sicherheitsleistung (auch die spätere Löschung der

Hypothek) entstehenden Kosten fallen — abweichend von § 1672 Abs 2 — unbedingt dem Mündel zur Last. Der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung kann sich zwar der Vormund dadurch entziehen, daß er, wenn das Verlangen der Sicherheitsleistung an ihn gestellt wird, von vornherein gemäß § 1786 Nr 6 die Übernahme der Vormundschaft ablehnt und bei späterer Stellung des Verlangens gemäß § 1889 seine Entlassung fordert. Gleichwohl behält die Anordnung der Sicherheitsleistung auch in diesem Falle insofern ihren Wert, als sie ein wirksames Mittel bietet, die Entlassung des nicht vertrauenswürdigen Vormundes, dem eine bestimmte Pflichtwidrigkeit noch nicht nachgewiesen werden kann, herbeizuführen.

2. S. § 1671 A 1.

3. S. § 1672 A 1. Ergänzt wird § 1844 durch § 54 FGG, wonach das Vormundschaftsgericht unmittelbar das Grundbuchamt um **Eintragung einer Sicherungshypothek** an Grundstücken des Vormundes (Pflegers, Beistandes) oder das Amtsgericht um Eintragung eines Schiffspfandrechts ersuchen kann. Vor Stellung des Ersuchens soll tunlichst der Vormund gehört werden, wovon jedoch das ersuchte Gericht die Ausführung des Ersuchens nicht abhängig machen darf. Handelt es sich um Leistung einer in andern Gegenständen bestehenden Sicherheit, so bleibt nichts weiter übrig, als den Vormund durch Ordnungsstrafen hierzu anzuhalten. Die Beschreitung des Klagewegs ist, zumal der Vormund jederzeit durch das Verlangen seiner Entlassung (vgl. A 1) die Klage hinfällig machen könnte, ausgeschlossen (bestr.), unbeschadet natürlich der Zulässigkeit des Arrestes, wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Zu dem Ersuchen um Löschung der Sicherungshypothek ist das Vormundschaftsgericht nicht berechtigt. Die Löschung erfolgt auf Grund der die Erklärung des Mündels ersetzenden Anordnung des Vormundschaftsgerichts (vgl. § 1672 A 1) und des Löschungsantrags des Grundstückseigentümers, welcher der Anordnung hinzutreten muß.

§ 1845

Will der zum Vormunde bestellte Vater oder die zum Vormunde bestellte eheliche Mutter des Mündels eine Ehe eingehen[1]), so liegen ihnen die im § 1669 bestimmten Verpflichtungen ob.

E I 1734 II 1717 M 4, 1244 P 4, 850; 5, 258; 6, 299.

1. Der zum Vormund bestellte Elternteil — Vater des ehelichen, legitimierten oder angenommenen Kindes, Mutter des ehelichen oder angenommenen Kindes, nicht die Mutter des unehelichen Kindes (a. M. Blume A 1) — soll im Falle der **Eingehung einer Ehe** (vgl. § 1740 A 1, § 1761 A 1) nicht günstiger stehen als der Inhaber der elterlichen Gewalt. Er hat deshalb die gleichen Pflichten zu erfüllen, die in § 1669 dem Vater hinsichtlich der Nachweisung des Mündelvermögens und hinsichtlich der Auseinandersetzung auferlegt sind und hat sich über die Erfüllung dieser Pflichten vor Zulassung zur Eheschließung nach § 1314 auszuweisen. Den Verlust des Amtes als Vormund hat die Verheiratung — vgl. indes über die Verheiratung der Frau § 1887 — nicht zur Folge.

§ 1846

Ist ein Vormund noch nicht bestellt oder ist der Vormund an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert, so hat das Vormundschaftsgericht die im Interesse des Mündels erforderlichen Maßregeln zu treffen[1]).

E I 1683 II 1713 M 4, 1155 P 4, 799.

1. **Eigenes Handeln des Vormundschaftsgerichts.** Von dem Grundsatz, daß das Vormundschaftsgericht auf die Aufsichtführung beschränkt ist, ist für den Fall, daß der Mündel wegen Fehlens der vormundschaftlichen Fürsorge Schaden leiden würde, eine Ausnahme zugelassen. Ist ein Vormund nicht vorhanden oder ist der Vormund an der Ausübung seines Amtes tatsächlich oder rechtlich (§ 1795) verhindert, so hat das Vormundschaftsgericht, soweit erforderlich, sich des Mündels anzunehmen (s. hierüber § 1665 A 1). Die bloße Erschwerung der Ausübung des Amtes steht der Verhinderung nicht gleich. Über die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts s. Vorbem 4b vor § 1773.

§ 1847

Das Vormundschaftsgericht soll vor einer von ihm zu treffenden Entscheidung auf Antrag des Vormundes oder des Gegenvormundes Verwandte oder Verschwägerte des Mündels hören, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann. In wichtigen Ange-

legenheiten soll die Anhörung auch ohne Antrag erfolgen; wichtige Angelegenheiten sind insbesondere die Volljährigkeitserklärung, die Ersetzung der Einwilligung zur Eheschließung im Falle des § 1304, die Ersetzung der Genehmigung im Falle des § 1337, die Entlassung aus dem Staatsverband und die Todeserklärung [1]).

Die Verwandten und Verschwägerten können von dem Mündel Ersatz ihrer Auslagen verlangen; der Betrag der Auslagen wird von dem Vormundschaftsgerichte festgesetzt [2]).

E I 1678, 27 Abs 3 Satz 2, 1657 Satz 2 II 1706 M 4, 1015, 1098, 1149 P 1, 14, 51; 4, 31, 757, 796.

1. Die **Anhörung von Verwandten** — zu denen auch die Mutter des unehelichen Kindes und bei der Annahme an Kindes Statt der Annehmende gehört — **oder von Verschwägerten** des Mündels ist in § 1847, damit der Vormundschaftsrichter mit der Familie in Fühlung bleibt, in weiterem Umfange vorgeschrieben, als in § 1673 Abs 2. Die Anhörung soll erfolgen in wichtigen Angelegenheiten, worüber, abgesehen von den in § 1847 selbst als wichtig bezeichneten Angelegenheiten, das Ermessen des Vormundschaftsgerichts entscheidet. Ein von dem Vormund oder Gegenvormund gestellter Antrag darf nicht aus dem Grunde, weil die Angelegenheit nicht wichtig oder die Anhörung ohne Bedeutung sei, sondern nur dann abgelehnt werden, wenn die Anhörung wegen erheblicher Verzögerung der Angelegenheit oder wegen unverhältnismäßigen Kostenaufwands zum Nachteil des Mündels gereichen würde. Dieser Gesichtspunkt ist natürlich auch bei der Anhörung von Amts wegen zu beachten. Auch darüber, welche Personen aus den Angehörigen auszuwählen sind und wieviel Personen zu hören sind, hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu befinden. Es ist hierfür von Bedeutung, daß durch die Anhörung die erforderliche Aufklärung gewonnen werden soll. Eine Verwandtschaft im Sinne des § 1847 ist nicht anzunehmen, wenn sie eine so entfernte ist, daß von einem verwandtschaftlichen Interesse nicht wohl die Rede sein kann. Als wichtig sind in § 1847 hauptsächlich solche Angelegenheiten genannt, die für das Bestehenbleiben der Vormundschaft von Bedeutung sind (Volljährigkeitserklärung, Entlassung aus dem Staatsverband, Todeserklärung), ferner die das persönliche Wohl des Mündels nahe berührende Ersetzung der Einwilligung des Vormundes zur Eheschließung (§ 1304) und Ersetzung der Genehmigung des Vormundes hinsichtlich der wegen Fehlens seiner Einwilligung anfechtbaren Ehe (§ 1337). Als nahezu gleichwertig dürfte anzusehen sein die Ersetzung der Einwilligung der Mutter zur Ehelichkeitserklärung (§ 1727), die Genehmigung zur Anfechtung der Ehe durch den gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Ehegatten (§ 1336), die Genehmigung zum Betriebe oder zur Auflösung eines Erwerbsgeschäfts (§ 1823) und dergleichen. Die Anhörung von Verwandten oder Verschwägerten wird weiter verlangt in § 1862 vor der vom Vormundschaftsgericht zu treffenden Auswahl der zur Beschlußfähigkeit des Familienrats erforderlichen Mitglieder. Über die Bedeutung der Anhörung s. § 1826 A 1.

2. Eine **Verpflichtung zur Auslassung** ist den Verwandten oder Verschwägerten nicht auferlegt, falls sie nicht als Auskunftspersonen (§ 15 FGG; vgl. jedoch §§ 383 Abs 1 Nr 3, 385 ZPO) vernommen werden. Sie können indes zum Erscheinen vor Gericht angehalten werden (vgl. § 12 FGG — bestr.). Auslagen sollen ihnen durch die Anhörung nicht entstehen. Diese sind ihnen von dem Mündel zu ersetzen und werden zu diesem Zweck von dem Vormundschaftsgericht festgesetzt. Wird der festgesetzte Betrag nicht entrichtet, so kann der Vormund hierzu — falls nicht aus der Festsetzungsverfügung die Zwangsvollstreckung stattfindet — nur im Prozeßwege, nicht durch Ordnungsstrafe (a. M. Schultzenstein-Köhne A 15) angehalten werden. Eine Entschädigung für Zeitversäumnis wird nicht gewährt.

§ 1848

Verletzt der Vormundschaftsrichter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegenden Pflichten, so ist er dem Mündel nach § 839 Abs. 1, 3 verantwortlich [1]) [2]).

E I 1702 II 1739 M 4, 1190 P 4, 820.

1. Die **Haftung des Vormundschaftsrichters,** die sich nach den allgemeinen Grundsätzen des § 839 bestimmt, besteht nur gegenüber dem Mündel, in dessen Interesse er tätig zu werden hat, nicht gegenüber dritten Personen, wodurch indes nicht ausgeschlossen ist, daß er diesen gegenüber wegen Eingriffs in ihre Rechte aus §§ 823, 824, 826 verantwortlich werden kann. Die Haftbarkeit setzt nicht voraus, daß es sich um Verletzung einer bestimmt vorgeschriebenen Pflicht handelt. Ist die Sachlage eine solche, daß der Vormund-

schaftsrichter begründete Veranlassung hatte, im Interesse des Mündels tätig zu werden (§§ 1837, 1846), so liegt, wenn er dies schuldhaft unterlassen hat, eine ihn ersatzpflichtig machende Pflichtverletzung vor. Der Umstand allein, daß der Vormundschaftsrichter den von dem Vormund versprochenen Nachweis der vorschriftsmäßigen Anlegung des Mündelgeldes sich nicht hat führen lassen, genügt zur Haftbarkeit nicht, wenn nicht hinzukommt, daß die Nichterfüllung der Zusage den Verdacht ordnungswidrigen Verhaltens bei Anlegung des Geldes erwecken mußte (**RG** JW 08, 243[16]). Der Vormundschaftsrichter ist haftbar, wenn er nicht überwacht hat, ob die Wertpapiere gemäß §§ 1814, 1818 in gesperrter Weise hinterlegt sind (**RG** JW 10, 288[22]). Eine Verfehlung des Vormundschaftsrichters kann auch darin bestehen, daß er über die tatsächlichen Verhältnisse, namentlich vor Erteilung der Genehmigung, sich nicht genügend unterrichtet hat (**RG** 14. 4. 08 III 474/07; Warn 08 Nr 486, in welchem letzteren Falle der Schaden auf Grund des § 254 geteilt ist). Die in § 839 Abs 1 bestimmte Erleichterung der Haftung, daß diese im Falle einer Fahrlässigkeit nur aushilfsweise eintritt, kommt auch dem Vormundschaftsrichter zustatten. Nach § 839 Abs 3 ist der Vormundschaftsrichter gänzlich von der Haftung befreit, wenn der Verletzte schuldhaft es unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Unter den Verletzten ist hier nicht bloß der großjährig gewordene Mündel, sondern auch während der Dauer der Vormundschaft der Vormund als gesetzlicher Vertreter des Mündels zu verstehen. Über den Fall, daß die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts von einem Kollegium (§ 1858, Art 147 EG) versehen werden, vgl. § 839 A 2 a. E.).

2. Die Pflichtverletzung des Vormundschaftsrichters stellt sich, da dieser nicht wie der Vormund (vgl. § 1833 A 2) in einem vertragsähnlichen Pflichtverhältnis zu dem Mündel steht, als eine **unerlaubte Handlung** dar, was für die Verjährung des Anspruchs (§§ 852, 853), für die Ausgleichungspflicht (§ 841) und für den Gerichtsstand (§ 32 ZPO) von Bedeutung ist.

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenrats

§ 1849

Der Gemeindewaisenrat[1])[2]) hat dem Vormundschaftsgerichte die Personen vorzuschlagen, die sich im einzelnen Falle zum Vormunde, Gegenvormund oder Mitglied eines Familienrats eignen[3]).

E I 1725 Abs 3 II 1724 M 4, 1017, 1225 P 4, 838.

1. Die Einrichtung des **Gemeindewaisenrats**, der ein von Mitgliedern der Gemeinde zu bekleidendes unbesoldetes oder besoldetes Gemeindeamt bildet, insbesondere die Begrenzung des Bezirks (ob der Gemeindewaisenrat für den Bezirk einer Gemeinde, für örtlich abgegrenzte Teile der Gemeinde oder für mehrere Gemeinden zu bilden ist), die Bestimmung, ob er aus einem oder mehreren Waisenräten bestehen soll oder seine Verrichtungen von einer bereits bestehenden Gemeindebehörde wahrzunehmen sind, die Vorschriften über die Aufsichtsführung sind dem Landesrecht überlassen. In verschiedenen Bundesstaaten können auch Frauen, die hierzu bereit sind, zur Unterstützung des Gemeindewaisenrats, von dem sie ihre Aufträge erhalten, als Waisenpflegerinnen bestellt werden.

2. Im **Verhältnis zum Vormundschaftsgericht** hat der Gemeindewaisenrat, soweit nicht landesrechtlich etwas anderes bestimmt ist, die Stellung einer gleichberechtigten Behörde. Das Vormundschaftsgericht kann daher, wenn Mängel der Einrichtung oder Dienstwidrigkeiten hierzu Anlaß geben, sich wegen Abhilfe nur an den Gemeindevorstand wenden. Durch Ausführungsbestimmungen ist Vorsorge getroffen, daß das Vormundschaftsgericht von allen den Waisenrat betreffenden Veränderungen sofort Nachricht erhält. Der Geschäftsverkehr zwischen Vormundschaftsgericht und Waisenrat ist möglichst einfach zu gestalten. Die Schreiben sind nach näherer Bestimmung der in den Bundesstaaten erlassenen Vorschriften, soweit angängig, in Urschrift abzulassen und beiderseits zu frankieren. Zur Förderung des gedeihlichen Zusammenwirkens finden nach Anordnung der Landesjustizverwaltungen zu bestimmten Zeiten Waisenratsversammlungen unter Beteiligung der Vormundschaftsrichter statt. Über die dem Gemeindewaisenrat von dem Vormundschaftsgericht zu machenden Mitteilungen s. § 1851. Ein Recht der Beschwerde steht dem Gemeindewaisenrat nur in gleichem Maße wie jedem andern Beteiligten gegen eine die Person des Mündels betreffende Verfügung des Vormundschaftsgerichts, nicht aber allgemein wegen Ablehnung eines von ihm vorgeschlagenen Vormundes zu (§ 57 Nr 9 FGG; KGJ 34 A 31; a. M. Planck Vorbem 4 und Eccius IV § 229 A 58, die ein jedes Beschwerderecht des Gemeindewaisenrats verneinen).

3. An den **Vorschlag** des Gemeindewaisenrats ist das Vormundschaftsgericht nicht gebunden. Es hat nur vor der Bestellung des Vormundes, falls nicht ein dringender Fall

vorliegt (vgl. § 1779 A 1), den Gemeindewaisenrat darüber zu hören, ob der zu Bestellende als Vormund geeignet ist. Mit dem Vorschlage hat der Gemeindewaisenrat nicht so lange zu warten, bis er von dem Vormundschaftsgericht hierzu aufgefordert wird, sondern den Vorschlag mit der Anzeige von dem Bevormundungsfalle zu verbinden (§ 49 FGG). Wird der Vorschlag von dem Vormundschaftsgericht erfordert, so empfiehlt es sich, in der Aufforderung gleichzeitig mitzuteilen, ob Vermögen zu verwalten ist. Auch ist mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 1779 Abs 2 Satz 2, wenn möglich, die Religion des Mündels anzugeben. Unter besonderen Umständen kann der Gemeindewaisenrat seinen Vorschlag auch auf solche Personen richten, die sich nicht in seinem Bezirk aufhalten, wie auch das Vormundschaftsgericht — namentlich dann, wenn sich der Mündel auswärts befindet — Veranlassung haben kann, einen auswärtigen Gemeindewaisenrat um Benennung eines Vormundes zu ersuchen.

§ 1850

Der Gemeindewaisenrat hat in Unterstützung des Vormundschaftsgerichts darüber zu wachen, daß die Vormünder der sich in seinem Bezirk aufhaltenden Mündel für die Person der Mündel, insbesondere für ihre Erziehung und ihre körperliche Pflege, pflichtmäßig Sorge tragen. Er hat dem Vormundschaftsgerichte Mängel und Pflichtwidrigkeiten, die er in dieser Hinsicht wahrnimmt, anzuzeigen und auf Erfordern über das persönliche Ergehen und das Verhalten eines Mündels Auskunft zu erteilen[1]).

Erlangt der Gemeindewaisenrat Kenntnis von einer Gefährdung des Vermögens eines Mündels, so hat er dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen[2]).

E I 1725 Abs 1, 2 II 1723 M 4, 1225 P 4, 838.

1. Dem Gemeindewaisenrat fällt hauptsächlich die Aufgabe zu, das **persönliche Wohl der** in seinem Bezirk befindlichen **Mündel fortlaufend zu überwachen** und dem Vormundschaftsgericht rechtzeitig Nachricht zu geben, wenn ein Anlaß zum Einschreiten vorhanden ist. Die Tätigkeit des Gemeindewaisenrats ist aber nicht auf diese Anzeige beschränkt, sie besteht auch darin, daß er dem Vormunde, was die Sorge für die Person des Mündels betrifft, Rat erteilen und Vorhaltungen machen kann. Die Dienste des Gemeindewaisenrats kann das Vormundschaftsgericht auch dazu benutzen, um über die persönlichen Verhältnisse des Mündels Auskunft zu erfordern und in dieser Beziehung Ermittelungen anstellen zu lassen. Zu einer formularmäßigen periodischen Berichterstattung kann dagegen der Waisenrat nicht als verpflichtet angesehen werden (a. M. Dernburg IV § 103 III 2). Wegen der Aufsicht des Waisenrats über die der elterlichen Gewalt unterliegenden Kinder s. § 1675 A 1.

2. Auf dem Gebiete der **Vermögensverwaltung** hat der Gemeindewaisenrat nur die Pflicht, dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen, wenn er von einer Gefährdung des Vermögens Kenntnis erhält. Es ist aber nicht seines Amtes, darüber, ob eine Gefährdung vorliegt, Ermittelungen anzustellen.

§ 1851

Das Vormundschaftsgericht hat dem Gemeindewaisenrate die Anordnung der Vormundschaft über einen sich in dessen Bezirk aufhaltenden Mündel unter Bezeichnung des Vormundes und des Gegenvormundes sowie einen in der Person des Vormundes oder des Gegenvormundes eintretenden Wechsel mitzuteilen[1]).

Wird der Aufenthalt eines Mündels in den Bezirk eines andern Gemeindewaisenrats verlegt, so hat der Vormund dem Gemeindewaisenrate des bisherigen Aufenthaltsorts und dieser dem Gemeindewaisenrate des neuen Aufenthaltsorts die Verlegung mitzuteilen[1]).

E I 1725 Abs 4, 5 II 1725 M 4, 1225 P 4, 839.

1. **Mitteilungspflicht des Vormundschaftsgerichts und Vormundes.** Das Vormundschaftsgericht hat den Gemeindewaisenrat darüber, wer Vormund und Gegenvormund ist, auf dem Laufenden zu erhalten. Verzieht der Mündel nach Einleitung der Vormundschaft in einen andern Bezirk, so hat dies der Vormund, ohne Vermittelung des Vormundschaftsgerichts, dem Gemeindewaisenrat des bisherigen Aufenthalts mitzuteilen, welcher diese Mitteilung mit den auf die Vormundschaft bezüglichen Nachrichten an den Gemeindewaisenrat des neuen Aufenthalts weitergibt.

V. Befreite Vormundschaft

§ 1852

Der Vater kann, wenn er einen Vormund benennt,[1]) die Bestellung eines Gegenvormundes ausschließen[2]).

Der Vater kann anordnen, daß der von ihm benannte Vormund bei der Anlegung von Geld den in den §§ 1809, 1810 bestimmten Beschränkungen nicht unterliegen und zu den im § 1812 bezeichneten Rechtsgeschäften der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts[3]) nicht bedürfen soll. Diese Anordnungen sind als getroffen anzusehen, wenn der Vater die Bestellung eines Gegenvormundes ausgeschlossen hat[2]).

E I 1690 II 1726 M 4, 1163 P 4, 805.

1. Die nach §§ 1852 ff. zulässigen Befreiungen können (abgesehen von der am Schluß zu erwähnenden Ausnahme) nur dem von dem Vater oder der Mutter **benannten Vormunde** (vgl. § 1777 A 1 u. 2) erteilt werden. Die Befreiung braucht nicht gleich bei der Benennung des Vormundes zu erfolgen (a. M. Schultzenstein-Köhne A 2) und kann nicht bloß von dem Elternteil, der den Vormund benannt hat, sondern auch von dem andern Elternteil angeordnet werden, der dadurch, daß er die Befreiung erteilt, die Benennung auch seinerseits bestätigt. Die Befreiung ist wirksam kraft dieser Anordnung, über deren Rechtsgültigkeit lediglich das Vormundschaftsgericht zu entscheiden hat, ohne daß sie — was indes empfehlenswert ist (vgl. § 1791 A 1) — in die Bestallung aufgenommen zu werden braucht. Sie kommt immer nur dem befreiten Vormunde zugute, nicht dem bei Verhinderung des Vormundes (§§ 1846, 1795, 1796) eintretenden Pfleger, auch nicht dem Mitvormunde, und kann deshalb, wenn ein nicht befreiter Mitvormund zu gemeinschaftlicher Verwaltung bestellt ist, wirkungslos sein (vgl. § 1854 A 1 a. E.). Ist jemand schlechthin zum befreiten Vormund ernannt, so ist anzunehmen, daß ihm alle gesetzlich zulässigen Befreiungen zukommen sollen. — Landesrechtlich können gemäß Art 136 Nr 4 EG dem Anstaltsvormunde und dem Berufsvormunde (vgl. § 1773 A 4, § 1792 A 1) die Befreiungen aus § 1852 eingeräumt werden, von welcher Befugnis die meisten Bundesstaaten Gebrauch gemacht haben.

2. Durch die **Ausschließung der Bestellung eines Gegenvormundes** wird der Vormund vollständig von der Mitwirkung des Gegenvormundes befreit auch hinsichtlich der Rechtsgeschäfte, zu deren Vornahme es sonst der Genehmigung des Gegenvormundes bedarf (§§ 1809, 1810, 1812). Aus dem Wegfall der Genehmigung des Gegenvormundes folgt zugleich notwendig, ohne daß eine abweichende Anordnung getroffen werden kann (anders die herrschende Meinung), der Wegfall der als Ersatz der Genehmigung des Gegenvormundes vorgeschriebenen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Diesem ist es natürlich für andere Fälle der von ihm zu erteilenden Genehmigung unbenommen, falls es dies zur Erkundung des Sachverhalts für nötig erachtet, einen Pfleger zu bestellen. Wird übrigens entgegen der Anordnung ein Gegenvormund bestellt, so kann diese Bestellung, wenn schon die Befreiung wirksam bleibt, nicht etwa als nichtig angesehen werden. Die Befreiung von der Mitwirkung des Gegenvormundes kann dem Vormunde, auch wenn die Bestellung eines Gegenvormundes nicht ausgeschlossen ist, hinsichtlich aller der Genehmigung des Gegenvormundes unterliegenden Rechtsgeschäfte oder hinsichtlich einzelner Rechtsgeschäfte erteilt werden.

3. Über die Befreiung von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts s. § 1854 A 1.

§ 1853

Der Vater kann den von ihm benannten Vormund von der Verpflichtung entbinden, Inhaber- und Orderpapiere zu hinterlegen und den im § 1816 bezeichneten Vermerk in das Reichsschuldbuch oder das Staatsschuldbuch eintragen zu lassen[1]).

E I 1692 II 1727 M 4, 1172 P 4, 812.

1. Befreiungen. Von den die sachliche Verwaltung betreffenden Verpflichtungen kann der Vormund nicht befreit werden. Es ist insbesondere nicht möglich, den Vormund von der Verpflichtung zu befreien, das Mündelgeld in der durch §§ 1807, 1808 vorgeschriebenen sicheren Weise anzulegen. Auch der befreite Vormund hat nicht das

Recht, Geldbeträge, die dem Mündel gehören, auf seinen Namen anzulegen. Eine Ausnahme ist es, daß dem Vormund die Hinterlegungspflicht aus § 1814 sowie — was im Zweifel in der Befreiung von der Hinterlegungspflicht mitenthalten ist (a. M. Fuchs A 1) — die Sperrpflicht aus § 1816 erlassen werden kann. Die Bestimmung des § 1815 Abs 1, die dem Vormunde nur die Befugnis gibt, die Inhaberpapiere statt der Hinterlegung in Namenspapiere umschreiben zu lassen, kommt hier nicht in Betracht. Ist die Hinterlegungspflicht aus § 1814 ausgeschlossen, so kann auch von der erweiterten Hinterlegungspflicht aus § 1818 — vorbehaltlich der Befugnis des Vormundschaftsgerichts zur Außerkraftsetzung der Befreiung gemäß § 1857 — nicht die Rede sein (a. M. Staudinger A 1e, Fuchs A 1). Die Befreiung von der Hinterlegungspflicht zeigt sich, wenn trotzdem der Vormund hinterlegt oder das Inhaberpapier in ein Namenspapier umschreiben oder den Sperrvermerk des § 1816 in das Staatsschuldbuch eintragen läßt, darin wirksam, daß die sonst mit diesen Vorgängen nach §§ 1819, 1820 verbundene Verfügungsbeschränkung nicht Platz greift. Über die Befreiung im allgemeinen s. § 1852 A 1.

§ 1854

Der Vater kann den von ihm benannten Vormund von der Verpflichtung entbinden, während der Dauer seines Amtes Rechnung zu legen[1]).

Der Vormund hat in einem solchen Falle nach dem Ablaufe von je zwei Jahren eine Übersicht über den Bestand des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens dem Vormundschaftsgericht einzureichen. Das Vormundschaftsgericht kann anordnen, daß die Übersicht in längeren, höchstens fünfjährigen Zwischenräumen einzureichen ist[1]).

Ist ein Gegenvormund vorhanden oder zu bestellen, so hat ihm der Vormund die Übersicht unter Nachweisung des Vermögensbestandes vorzulegen. Der Gegenvormund hat die Übersicht mit den Bemerkungen zu versehen, zu denen die Prüfung ihm Anlaß gibt[2]).

E I 1691 II 1728 M 4, 1170 P 4, 809.

1. **Befreiung von der Rechnungslegung.** Eine Befreiung von der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts ist insofern zulässig, als der Vormund im Falle der Ausschließung eines Gegenvormundes oder der Befreiung von der Notwendigkeit der Genehmigung des Gegenvormundes auch der von dem Vormundschaftsgericht bei Nichtvorhandensein eines Gegenvormundes zu erteilenden Genehmigung (§§ 1810, 1812 Abs 3) nicht bedarf (vgl. § 1852 A 2). Der Fall, daß lediglich diese Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausgeschlossen wird — was an sich nach § 1852 Abs 2 zulässig ist —, wird kaum jemals vorkommen. Von der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts kann außerdem der Vormund hinsichtlich der Rechnungslegungspflicht befreit werden. Er hat dann nicht nötig, dem Vormundschaftsgericht gegenüber über die Einnahmen und Ausgaben sich auszuweisen und hat zu diesem Zwecke in den in Abs 2 bestimmten Zeiträumen im Anschluß an das Vermögensverzeichnis nur eine den zeitigen Vermögensbestand klarstellende Übersicht einzureichen. In der Übersicht sind auch die Schulden aufzuführen (bestr.). Eine ins einzelne gehende Angabe der Haushaltsgegenstände ist nicht zu verlangen. Die Befugnis des Vormundschaftsgerichts, hinsichtlich der Einnahmen und Ausgaben aus besonderen Gründen über bestimmte Punkte Auskunft zu verlangen, wird hierdurch nicht berührt. Desgleichen bleibt die Verpflichtung des Vormundes bestehen, sich dem Mündel gegenüber über die Verwaltung durch Legung der Schlußrechnung (§§ 1890 ff.) auszuweisen. Die Einreichung des Vermögensverzeichnisses (§ 1802) kann dem Vormunde nicht erlassen werden, auch nicht die Offenlegung dieses Verzeichnisses. Sind mehrere Vormünder zu gemeinschaftlicher Verwaltung bestellt, so braucht der von der Rechnungspflicht befreite Vormund bei der von den andern Vormündern zu legenden Rechnung nicht mitzuwirken (a. M. Fuchs A 3 u. Vorbem 2d vor § 1852); er ist aber nicht von der Verpflichtung befreit, diesen die etwa zur Aufstellung der Rechnung erforderliche Auskunft zu erteilen.

2. Trotz Befreiung des Vormundes von der Rechnungslegungspflicht bleibt der **Gegenvormund** berechtigt und verpflichtet, **die Verwaltung des Vormundes zu prüfen,** um im Falle einer Pflichtwidrigkeit des Vormundes dem Vormundschaftsgericht hiervon Anzeige machen zu können. Er kann deshalb nötigenfalls eine Darlegung der Einnahmen und Ausgaben von dem Vormunde fordern. Auch hat er die Richtigkeit des in der Übersicht angegebenen Vermögensbestandes sich nachweisen zu lassen. Von diesen Verpflichtungen kann der Gegenvormund nicht befreit werden.

§ 1855

Benennt die eheliche Mutter einen Vormund, so kann sie die gleichen Anordnungen treffen wie nach den §§ 1852 bis 1854 der Vater[1]).

E I 1690—92 II 1729 M 4, 1168 P 4, 805 ff.

1. Die **Anordnung der ehelichen** Mutter ist nicht etwa deshalb ungültig, weil sie zu einer Zeit getroffen ist, wo das Recht der Anordnung noch dem Vater zustand. Sie kann nur, solange die Anordnung des Vaters noch in Kraft ist, nicht in Wirksamkeit treten (vgl. § 1777 A 2).

§ 1856

Auf die nach den §§ 1852 bis 1855 zulässigen Anordnungen finden die Vorschriften des § 1777 Anwendung[1]).

E I 1693 II 1730 M 4, 1172 P 4, 814.

1. Vgl. § 1777 A 1 u. 2.

§ 1857

Die Anordnungen des Vaters oder der Mutter können von dem Vormundschaftsgericht außer Kraft gesetzt werden, wenn ihre Befolgung das Interesse des Mündels gefährden würde[1]).

E I 1694 II 1731 M 4, 1173 P 4, 805 u. 814.

1. Die Zulässigkeit der **Außerkraftsetzung der elterlichen Anordnungen** bei Gefährdung der Interessen des Mündels entspricht einem allgemeinen Grundsatz des Vormundschaftsrechts (vgl. Vorbem 1 vor § 1773) und kann auch nicht durch die Eltern des Mündels irgendwie beschränkt werden. Die Außerkraftsetzung wird sich regelmäßig als eine wichtige Angelegenheit im Sinne des § 1847 darstellen, sodaß die zuvorige Anhörung von Verwandten oder Verschwägerten des Mündels nötig wird. Ebenso ist regelmäßig der Vormund — der auch beschwerdeberechtigt ist — vorher zu hören.

VI. Familienrat

§ 1858

[1])Ein Familienrat soll von dem Vormundschaftsgericht eingesetzt werden, wenn der Vater oder die eheliche Mutter des Mündels die Einsetzung angeordnet hat.

Der Vater oder die Mutter kann die Einsetzung des Familienrats von dem Eintritt oder Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses abhängig machen.

Die Einsetzung unterbleibt, wenn die erforderliche Zahl geeigneter Personen nicht vorhanden ist[2]) [3]).

E I 1712 II 1751 M 4, 1014, 1018, 1203 P 4, 835.

1. Der **Familienrat** tritt — unbeschadet der Befugnis des vorsitzenden Vormundschaftsrichters, in Eilfällen selbst die erforderliche Anordnung zu treffen (§ 1876) — vollständig anstelle des V o r m u n d s c h a f t s g e r i c h t s in Vormundschafts- und Pflegschaftssachen (wobei als Pfleger nach § 1693 auch der mit der Vermögensverwaltung betraute Beistand der Mutter anzusehen ist), nicht aber für die sonstigen Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts gegenüber Ehegatten oder Kindern unter elterlicher Gewalt, auch der Natur der Sache nach nicht für die Pflegschaftsfälle der §§ 1913, 1914. Der Familienrat wird immer nur für eine bestimmte Vormundschaftssache oder Pflegschaftssache gebildet. Seine Z u s t ä n d i g k e i t erstreckt sich jedoch, da die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts für dieselbe Person nicht unter verschiedene Gerichte geteilt werden dürfen (vgl. §§ 37, 43 FGG), auch auf die neben der Vormundschaft nach § 1909 einzuleitende Pflegschaft und auf die an andern Stellen des BGB (§§ 112, 113, 1595, 1612 Abs 2 usw.) erwähnten besonderen Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts. Aus dem gleichen Grunde ist es für unstatthaft zu erachten, daß bei Kindern unter elterlicher Gewalt neben dem hierfür zuständigen Vormundschaftsgericht ein besonderer Familienrat für die Pflegschaft aus § 1909 bestellt wird. Im Widerspruch mit § 1775 (vgl. auch § 36 Abs 1 FGG) würde es endlich stehen, wenn ohne zwingende Gründe der Familienrat nicht für sämtliche schutzbedürftige Geschwister bestellt, sondern seine Zuständigkeit auf einzelne Geschwister beschränkt würde.

2. Die Einsetzung eines Familienrats erfolgt nur auf **Anordnung der Eltern** oder auf einen nach § 1859 gestellten Antrag. Der Vater und die eheliche Mutter kann unter den in § 1777 bestimmten Voraussetzungen und in der daselbst bestimmten Form (§ 1868) die Einsetzung eines Familienrats untersagen, § 1859. Sie können ferner die Einsetzung oder Aufhebung des Familienrats von dem Eintritt oder Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses — nicht von dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts — abhängig machen, §§ 1858 Abs 2, 1880. Die Einsetzung hat anordnungsgemäß zu erfolgen, wenn die Bildung eines Familienrats möglich ist, das heißt, wenn die hierfür nötige Anzahl geeigneter Personen vorhanden und, wie mit Rücksicht auf § 1869 hinzugesetzt werden muß, freiwillig zur Übernahme des Amtes bereit ist. Da der Familienrat abgesehen von dem Vormundschaftsrichter aus mindestens zwei Mitgliedern, der zur Beschlußfähigkeit erforderlichen Zahl, bestehen muß (§§ 1860, 1874) und, falls nicht der Vater oder die eheliche Mutter das Mitglied berufen hat, von dem Vormundschaftsgericht nur ein Verwandter (Verschwägerter) zum Mitgliede bestellt werden kann (§ 1867), so müssen mindestens zwei zur Übernahme des Amtes bereite und hierfür geeignete Verwandte (Verschwägerte) des Mündels vorhanden sein, damit ein Familienrat gebildet werden kann, der seinerseits weitere Mitglieder (bis zur Höchstzahl von 6 Personen) und Ersatzmitglieder ohne Rücksicht auf die Verwandtschaft auswählen kann, §§ 1860, 1862 Abs 2, 1863, 1867. Sinkt die Zahl der Mitglieder unter zwei Personen herab, ohne daß eine Ergänzung möglich ist — bei vorübergehender Verhinderung hat der Vorsitzende ein Ersatzmitglied, das nicht zu den Verwandten zu gehören braucht, zu bestellen, §§ 1864, 1867 — so hat das Vormundschaftsgericht den Familienrat aufzuheben, § 1880. Ist der Anordnung wegen Einsetzung eines Familienrats nicht entsprochen, so kann nicht bloß von dem Vormunde und den als Mitglied berufenen Personen des Familienrats (§ 1861, FGG § 20), sondern auch von den Verwandten oder Verschwägerten und dem Ehegatten des Mündels *Beschwerde* eingelegt werden, § 57 Nr 4 FGG. Im Falle der Unzulässigkeit der Einsetzung eines Familienrats ist nur der Vormund beschwerdeberechtigt.

3. Von der **Einsetzung eines Familienrats** ist selbstverständlich, wennschon dies nicht besonders bestimmt ist, dem Vormunde und Gegenvormunde *Mitteilung* zu machen, wie eine solche Mitteilung auch bei Aufhebung des Familienrats in § 1881 vorgeschrieben ist. Die Wirksamkeit der Einsetzung ist von dieser Mitteilung nicht abhängig; die Einsetzung kann nicht als eine ihrem Inhalte nach für den Vormund bestimmte Verfügung im Sinne des § 16 Abs 1 FGG angesehen werden. Die bereits früher dem Vormund und Gegenvormund erteilten Bestallungen müssen, um die Einsetzung des Familienrats gemäß § 1791 in der Bestallung zu vermerken, zurückgefordert werden.

§ 1859

Ein Familienrat soll von dem Vormundschaftsgericht eingesetzt werden, wenn ein Verwandter oder Verschwägerter des Mündels oder der Vormund oder der Gegenvormund die Einsetzung beantragt und das Vormundschaftsgericht sie im Interesse des Mündels für angemessen erachtet[1]).

Die Einsetzung unterbleibt, wenn der Vater oder die eheliche Mutter des Mündels sie untersagt hat[2]).

E I 1713 II 1572 M 4, 1205 P 4, 835.

1. Einsetzung des Familienrats **auf Antrag.** Die **Verwandten oder Verschwägerten** des Mündels haben nicht das Recht, die Einsetzung eines Familienrats anzuordnen, sondern können die Einsetzung nur in Antrag bringen, vorausgesetzt, daß sie unbeschränkt geschäftsfähig und deshalb zur Stellung von Anträgen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit befugt sind (a. M. Staudinger A 1 Abs 3; Fuchs A 2 letzter Abs, welche bei beschränkter Geschäftsfähigkeit die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters fordern). Antragsberechtigt sind ferner der **Vormund und Gegenvormund**, und zwar diese Personen ohne Rücksicht auf die durch Minderjährigkeit oder Stellung unter vorläufige Vormundschaft herbeigeführte Beschränkung der Geschäftsfähigkeit (vgl. § 1781), desgleichen der *Pfleger*, sofern er nicht aus §§ 1909, 1913, 1914 bestellt ist (bestr.) — vgl. § 1858 A 1. Sind mehrere Vormünder zu geteilter oder ungeteilter Verwaltung bestellt, so kann der Antrag von jedem Vormunde selbständig gestellt werden (bestr.). Bei Eingang eines Antrags hat sich das Vormundschaftsgericht schlüssig zu machen, ob die Einsetzung eines Familienrats *zweckmäßig* erscheint. Dies wird namentlich dann anzunehmen sein, wenn zur Beaufsichtigung eines größeren Betriebes die Mitwirkung sachverständiger Familienmitglieder wünschenswert ist. Die Einsetzung eines Familienrats kann auch sonst zur Förderung der Familienzusammengehörigkeit und des tatkräftigen Eintretens der Verwandten für den Mündel am Platze sein.

24*

Bei Prüfung der Zweckmäßigkeit ist nicht außer Betracht zu lassen, ob nicht die Zusammenberufung des Familienrats unverhältnismäßig große Schwierigkeiten und Kosten verursacht. Wegen des Beschwerderechts bei Ablehnung des Antrags s. § 1858 A 2. Das Beschwerderecht ist nicht auf den Antragsteller beschränkt.

2. Die Berechtigung des Vaters und der ehelichen Mutter zur **Untersagung** der Einsetzung eines Familienrats sowie die Form der Untersagung bestimmt sich gemäß § 1868 nach § 1777.

§ 1860

Der Familienrat besteht aus dem Vormundschaftsrichter als Vorsitzenden[1]) und aus mindestens zwei, höchstens sechs Mitgliedern[2]).

E I 1714 Abs 1 II 1753 M 4, 1207 P 4, 836.

1. Dem **Vormundschaftsrichter als Vorsitzenden** gebührt die Leitung der Geschäfte, § 1872. Er hat den Familienrat einzuberufen, § 1873. Bei Stimmengleichheit entscheidet seine Stimme, § 1874. Ihm gebührt auch die Entscheidung, ob ein Mitglied wegen Interessengegensatzes von der Beschlußfassung auszuschließen ist, § 1784 Abs 3. Seine Sache ist es, den Betrag der den Mitgliedern zu erstattenden Auslagen festzusetzen, § 1877. Eine Strafgewalt steht dem Vorsitzenden nicht zu. Die Entlassung eines Mitglieds kann nur von dem Beschwerdegericht ausgesprochen werden, § 1878 Abs 2. Der Vorsitzende kann jedoch, wenn sich ein Mitglied seinen Verpflichtungen entzieht, Ordnungsstrafen bis zu 100 Mark verhängen, § 1875.

2. Die **Mitglieder** haben bei der Beschlußfassung dieselben Rechte und Pflichten wie der Vormundschaftsrichter und sind nach § 1872 Abs 2 in gleicher Weise wie dieser verantwortlich. Zwei Mitglieder bilden die nach § 1874 zur Beschlußfähigkeit erforderliche geringste Zahl. Werden Mitglieder über die zulässige Höchstzahl von sechs Personen hinaus bestellt, so ist die Bestellung dieser weiteren Mitglieder als nicht geschehen anzusehen, falls nicht etwa die Bestellung in dem Sinne erfolgt ist, daß die weiteren Mitglieder nur als Ersatzmitglieder tätig sein sollen (a. M. Staudinger A 1). Die unter Mitwirkung von mehr als sechs Mitgliedern von dem Familienrat gefaßten Beschlüsse sind ungültig.

§ 1861

Als Mitglied des Familienrats ist berufen, wer von dem Vater oder der ehelichen Mutter des Mündels als Mitglied benannt ist. Die Vorschriften des § 1778 Abs. 1, 2 finden entsprechende Anwendung[1]).

E I 1715 Abs 1 II 1754 M 4, 1209 P 4, 836.

1. Hinsichtlich der Voraussetzungen und der Form der **Benennung der Mitglieder durch die Eltern des Mündels** gelten nach § 1868 die Bestimmungen des § 1777. Der Benennungsberechtigte kann bestimmen, ob der Benannte ordentliches Mitglied oder Ersatzmitglied werden soll, und kann letzterenfalls über die Reihenfolge des Eintritts der benannten Ersatzmitglieder bei Wegfall oder Verhinderung eines ordentlichen Mitgliedes Bestimmung treffen (§ 1863 Abs 3, vgl. § 1863 A 1). Die Übergehung des Benannten ist nur zulässig unter den Voraussetzungen des § 1778. Die entsprechende Anwendung dieses Paragraphen führt dazu, daß an Stelle der hier in bezug genommenen §§ 1780 bis 1784, die von den Unfähigkeits- und Untauglichkeitsgründen handeln, die hierüber für den Familienrat gegebenen Vorschriften der §§ 1865, 1866 Anwendung zu finden haben (a. M. Planck A 3). Sind mehr als 6 Personen benannt, so darf, da der Familienrat nach § 1860 nicht aus mehr als 6 Mitgliedern bestehen darf, im Zweifel angenommen werden, daß dem Vormundschaftsrichter die Auswahl unter den Benannten zustehen soll (a. M. Staudinger A 1 Abs 4 und Hesse A 2, welche die Reihenfolge der Benennung entscheiden lassen wollen).

§ 1862

Soweit eine Berufung nach § 1861 nicht vorliegt oder die Berufenen die Übernahme des Amtes ablehnen, hat das Vormundschaftsgericht die zur Beschlußfähigkeit des Familienrats erforderlichen Mitglieder auszuwählen. Vor der Auswahl sollen der Gemeindewaisenrat und nach Maßgabe des § 1847 Verwandte oder Verschwägerte des Mündels gehört werden.

Die Bestimmung der Zahl weiterer Mitglieder und ihre Auswahl steht dem Familienrate zu[1]).

E I 1715 Abs 2 II 1755 Abs 1 u. 2 M 4, 1209 P 4, 836.

1. Um die **Wahl der Mitglieder möglichst dem Familienrat selbst zu überlassen,** hat der Vormundschaftsrichter sich darauf zu beschränken, den Familienrat mit der zur Be-

schlußfassung erforderlichen geringsten Zahl von zwei Mitgliedern (§§ 1860, 1874) zu besetzen, wobei die Interessen der väterlichen und mütterlichen Verwandten möglichst gleichmäßig zu berücksichtigen sind. Es ist ihm ferner zur Pflicht gemacht, vor der Auswahl — wobei die Bestimmungen der §§ 1865—67 zu beachten sind — nicht bloß den Gemeindewaisenrat, sondern auch tunlichst, um auf die Wünsche der Familie Rücksicht nehmen zu können, Verwandte oder Verschwägerte des Mündels zu hören. Die Anhörung der Verwandten ist nicht erforderlich, wenn die Mitglieder von dem Vater oder der ehelichen Mutter des Mündels benannt sind.

§ 1863

Sind neben dem Vorsitzenden nur die zur Beschlußfähigkeit des Familienrats erforderlichen Mitglieder vorhanden, so sind ein oder zwei Ersatzmitglieder zu bestellen[1]).

Der Familienrat wählt die Ersatzmitglieder aus und bestimmt die Reihenfolge, in der sie bei der Verhinderung oder dem Wegfall eines Mitglieds in den Familienrat einzutreten haben[2]).

Hat der Vater oder die eheliche Mutter Ersatzmitglieder benannt und die Reihenfolge ihres Eintritts bestimmt, so ist diese Anordnung zu befolgen.

E I 1715 Abs 4 II 1756 M 4, 1211 P 4, 836.

1. Die **Bestellung von Ersatzmitgliedern** ist vorgesehen, um die Verzögerungen zu vermeiden, die sonst bei Beschlußunfähigkeit des Familienrats (§ 1874 Abs 1) entstehen würden. Das Ersatzmitglied tritt bei (tatsächlicher oder rechtlicher) Verhinderung oder Wegfall eines ordentlichen Mitglieds in Tätigkeit und zwar im letzteren Falle bis zur Bestellung eines neuen ordentlichen Mitglieds. Es tritt nicht etwa als ordentliches Mitglied ein (a. M. Planck A 3, Blume A 6), falls es nicht als benanntes Mitglied hierzu berufen ist (vgl. § 1861 A 1). Die Vorschrift des Abs 1 ist übrigens nicht dahin aufzufassen, daß die Bestellung von mehr als 2 Ersatzmitgliedern oder die Bestellung von Ersatzmitgliedern trotz des Vorhandenseins von mehr als 2 ordentlichen Mitgliedern nichtig wäre (a. M. die herrschende Ansicht). Die unnötig bestellten Ersatzmitglieder können nur ihre Entlassung fordern.

2. In Ermangelung einer in Abs 3 bezeichneten Anordnung hat über die **Reihenfolge** des Eintritts der Ersatzmitglieder lediglich der Familienrat zu bestimmen, ohne etwa an früher gefaßte Beschlüsse gebunden zu sein. Eine Ungültigkeit des Beschlusses kann nicht etwa daraus hergeleitet werden, daß die früher von dem Familienrat bestimmte Reihenfolge nicht eingehalten ist.

§ 1864

Wird der Familienrat durch vorübergehende Verhinderung eines Mitglieds beschlußunfähig und ist ein Ersatzmitglied nicht vorhanden, so ist für die Dauer der Verhinderung ein Ersatzmitglied zu bestellen. Die Auswahl steht dem Vorsitzenden zu[1]).

E I 1715 Abs 5 II 1757 M 4, 1212 P 4, 836.

1. Vorherige Anhörung des Gemeindewaisenrats oder der Verwandten und Verschwägerten des Mündels ist hier, wo es sich nur um die Bestellung eines **zeitweiligen Ersatzmitgliedes** handelt, nicht nötig. Der Vorsitzende hat darüber zu befinden, ob ein Bedürfnis zur Bestellung eines Ersatzmitgliedes vorliegt. Als vorübergehende Verhinderung ist es auch anzusehen, wenn ein Mitglied nach § 1874 Abs 3 für ein einzelnes Rechtsgeschäft von der Teilnahme an der Beschlußfassung ausgeschlossen ist. Die Auswahl ist nicht auf Verwandte oder Verschwägerte des Mündels beschränkt, § 1867. Das zeitweilige Ersatzmitglied ist zur Mitwirkung als Mitglied des Familienrats nur für diejenigen Geschäfte berechtigt, für welche es bestellt ist. Wird der Familienrat durch dauernde Verhinderung eines Mitglieds beschlußunfähig (vgl. § 1874 Abs 1), so ist nach § 1862 zu verfahren (vgl. § 1879 A 1).

§ 1865

Zum Mitgliede des Familienrats kann nicht bestellt werden, wer geschäftsunfähig oder wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist[1]).

E I 1716 Abs 1 u. 3 II 1758 M 4, 1212 P 4, 837.

1. Übereinstimmend § 1780. Die **Unfähigkeit des Mitglieds** hat zur Folge, daß die unter Mitwirkung dieses Mitglieds von dem Familienrat gefaßten Beschlüsse ungültig sind (a. M. Blume § 1865 A 2, § 1874 A 6, der den Beschluß nur als durch Rechtsmittel anfechtbar erachtet). § 1865 findet auch auf die Ersatzmitglieder Anwendung.

§ 1866

Zum Mitgliede des Familienrats soll nicht bestellt werden:[1])

1. **der Vormund des Mündels;**
2. **wer nach § 1781 oder nach § 1782 nicht zum Vormunde bestellt werden soll;**
3. **wer durch Anordnung des Vaters oder der ehelichen Mutter des Mündels von der Mitgliedschaft ausgeschlossen ist.**

E I 1716 Abs 2 Nr 1, 2 u. 4 Abs 3 II 1759 M 4, 1212 P 4, 837.

1. Die **Untauglichkeitsgründe** der §§ 1783 u. 1784 (fehlende Zustimmung des Ehemanns und fehlende Erlaubnis der vorgesetzten Behörde) gelten nicht für die Mitglieder des Familienrats. Anderseits kommt zu den Untauglichkeitsgründen der §§ 1781 u. 1782 hinzu, daß der Vormund (Pfleger) nicht gleichzeitig Mitglied des Familienrats als der ihm übergeordneten Behörde sein soll und daß als Mitglied nicht bloß der nach § 1782 von der Vormundschaft Ausgeschlossene, sondern auch der nach § 1866 Nr 3 von der Mitgliedschaft Ausgeschlossene nicht bestellt werden soll. Frauen sind — was auf einem Beschlusse der Reichstagskommission beruht — nicht untauglich und bedürfen zur Übernahme des Amtes auch nicht der Zustimmung des Ehemanns. Es besteht auch kein Hindernis, einen Ausländer zum Mitglied des Familienrats zu bestellen, wenn schon dies der Regel nach sich nicht empfehlen wird. Die Vorschriften des § 1866 finden in gleicher Weise auf ordentliche Mitglieder und Ersatzmitglieder Anwendung.

§ 1867

Zum Mitgliede des Familienrats soll nicht bestellt werden, wer mit dem Mündel weder verwandt noch verschwägert ist[1])**, es sei denn, daß er von dem Vater oder der ehelichen Mutter des Mündels benannt oder von dem Familienrat oder nach § 1864 von dem Vorsitzenden ausgewählt worden ist.**

E I 1716 Abs 2 Nr 3, Abs 3 II 1760 M 4, 1214 P 4, 837.

1. Das Erfordernis der **Verwandtschaft oder Schwägerschaft** besteht nur für die von dem Vormundschaftsrichter auszuwählenden Mitglieder (vgl. § 1862 Abs 1), nicht für die Ersatzmitglieder und nicht für die von dem Familienrat auszuwählenden Mitglieder (§§ 1862 Abs 2, 1863 Abs 2, 1864).

§ 1868

Für die nach den §§ 1858, 1859, 1861, 1863, 1866 zulässigen Anordnungen des Vaters oder der Mutter gelten die Vorschriften des § 1777[1])**.**

Die Anordnungen des Vaters gehen den Anordnungen der Mutter vor.

E I 1718 II 1761 M 4, 1216 P 4, 837.

1. Vgl. § 1777 A 1 u. 2.

§ 1869

Niemand ist verpflichtet, das Amt eines Mitglieds des Familienrats zu übernehmen[1])**.**

E I 1717 II 1762 M 4, 1215 P 4, 837.

1. Damit, daß eine **Verpflichtung zur Übernahme des Amtes** nicht besteht, ist nicht gesagt, daß das durch Bestellung zum ordentlichen Mitgliede oder Ersatzmitgliede einmal übernommene Amt jederzeit niedergelegt werden könnte. Der Bestellte kann nach § 1878 in Verbindung mit § 1889 seine Entlassung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fordern.

§ 1870

Die Mitglieder des Familienrats werden von dem Vorsitzenden durch Verpflichtung zu treuer und gewissenhafter Führung des Amtes bestellt. Die Verpflichtung soll mittelst Handschlags an Eidesstatt erfolgen[1])**.**

E I 1711 Abs 2 II 1763 M 4, 1208 P 4, 836.

1. Übereinstimmend § 1789. In der hier vorgesehenen Weise sind auch die Ersatzmitglieder zu **bestellen.** Sollte dies vorher unterblieben sein, so ist es, sobald das Ersatzmitglied in Tätigkeit tritt, nachzuholen. Erst mit der Verpflichtung erlischt das durch § 1869 gegebene Ablehnungsrecht. Eine Bestallung wird den Mitgliedern des Familienrats nicht erteilt.

§ 1871

Bei der Bestellung eines Mitglieds des Familienrats kann die Entlassung für den Fall vorbehalten werden, daß ein bestimmtes Ereignis eintritt oder nicht eintritt[1]).

E I 1715 Abs 3 II 1755 Abs 3 M 4, 1211 P 4, 836.

1. Übereinstimmend § 1790. Die Mitglieder des Familienrats haben, sobald ihre Verpflichtung stattgefunden hat, in gleicher Weise wie der Vormund ein Recht auf Fortführung ihres Amtes, sofern nicht der **Vorbehalt der Entlassung** bei Eintritt oder Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses gemacht ist. Die Entlassung nach Ablauf einer bestimmten Zeit kann nicht vorbehalten werden. Auch ohne Vorbehalt ist übrigens die Entlassung des letztbestellten Mitglieds zulässig, wenn ein benanntes Mitglied, durch dessen Hinzutritt die Höchstzahl von sechs Mitgliedern (§ 1860) überschritten werden würde, zu Unrecht übergangen ist. Siehe im übrigen § 1790 A 1.

§ 1872

Der Familienrat hat die Rechte und Pflichten des Vormundschaftsgerichts. Die Leitung der Geschäfte liegt dem Vorsitzenden ob[1]).

Die Mitglieder des Familienrats können ihr Amt nur persönlich ausüben. Sie sind in gleicher Weise verantwortlich wie der Vormundschaftsrichter[2]).

E I 1719 Abs 1 u. 2, 1722 Abs 1 Satz 2 II 1764 Abs 1 u. 2, 1767 Abs 1 Satz 2 M 4, 1216 u. 1221 P 4, 837.

1. Der Familienrat tritt vollständig **an die Stelle des Vormundschaftsgerichts.** Die eine sachliche Anordnung enthaltenden Verfügungen, auch eine Ermahnung oder Verwarnung des Vormundes, die Festsetzung einer Ordnungsstrafe (§ 1837), eine Aufforderung unter Androhung einer Ordnungsstrafe (bestr.) können nicht von dem Vormundschaftsrichter, sondern nur dem Familienrat getroffen werden. Dem Vormundschaftsrichter als Vorsitzenden gebührt — abgesehen von § 1876, s. auch §§ 1875, 1877 Satz 2 — nur die formelle Leitung sowie die Vorbereitung und Vollziehung der Beschlüsse des Familienrats. Zu den Vollziehungshandlungen gehört auch die Verpflichtung des von dem Familienrate ausgewählten Vormundes (anders die herrschende Ansicht). Doch empfiehlt es sich schon wegen der Rücksprachnahme über die in der Vormundschaftssache zu ergreifenden Maßregeln, die Verpflichtung vor dem Familienrat vorzunehmen.

2. Die Mitgliedschaft wird in § 1872 als **Amt** bezeichnet, eine Bezeichnung, die in § 1885 auch für die Verrichtungen des Vormundes (Gegenvormundes usw.) angewandt wird. Es darf hierbei aber nicht übersehen werden, daß es sich nicht um ein öffentliches Amt, sondern um ein, wenn auch im öffentlichen Interesse geordnetes, so doch privatrechtlichen Interessen dienendes Amt handelt. In § 34 Nr 6 StGB ist deshalb eine besondere Bestimmung darüber getroffen, daß bei Aberkennung der bürgerlichen Rechte der Verurteilte während der Dauer des Ehrverlustes weder Vormund noch Mitglied eines Familienrats sein kann, falls nicht bei einer Vormundschaft über Abkömmlinge das Vormundschaftsgericht oder der Familienrat eine Ausnahme zuläßt. Eine Folge der Amtsnatur ist es, daß die Mitglieder des Familienrats ihre Verrichtungen *nur persönlich ausüben* können, was bei dem Vormunde (§ 1793 A 2) nicht in gleichem Maße zutrifft. Wegen ihrer amtlichen Eigenschaft sind die Mitglieder des Familienrats auch verpflichtet, über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung — ebenso wie nach § 200 GVG die Schöffen und Geschworenen — Stillschweigen zu beobachten (§ 8 FGG). Hinsichtlich der *Verantwortlichkeit* gelten für sie die gleichen Bestimmungen, die in §§ 1848, 839 Abs 1 und 3 für den Vormundschaftsrichter gegeben sind (vgl. § 1848 A 1 und 2).

§ 1873

Der Familienrat wird von dem Vorsitzenden einberufen[1]). Die Einberufung hat zu erfolgen, wenn zwei Mitglieder, der Vormund oder der Gegenvormund sie beantragen[2]) oder wenn das Interesse des Mündels sie erfordert. Die Mitglieder können mündlich oder schriftlich eingeladen werden[1]).

E I 1721 Abs 1 II 1765 M 4, 1218 P 4, 837.

1. Zur Beschlußfassung des Familienrats sind sämtliche Mitglieder und, soweit es zur Herstellung der Beschlußfähigkeit erforderlich ist, die Ersatzmitglieder zu einer gemein-

schaftlichen Sitzung **von dem vorsitzenden Vormundschaftsrichter einzuberufen,** falls sie nicht aus anderer Veranlassung unter seinem Vorsitz bereits versammelt sind. Ort und Zeit der Sitzung hat der Vorsitzende zu bestimmen. Hat der Familienrat über bestimmte Sitzungstage sich geeinigt, so kann der Vorsitzende gleichwohl, wenn er einen besonderen Anlaß hierzu zu haben glaubt, davon abgehen. Eine bestimmte Form der Einberufung ist nicht vorgeschrieben, kann auch nicht in Einengung des Gesetzes von dem Familienrat eingeführt werden. Daß bei der Einberufung die Beratungsgegenstände bezeichnet werden, ist nicht nötig, wohl aber zur Vermeidung eines Vertagungsantrags zweckmäßig. Ist bei der Einberufung ein Mitglied übergangen, so hat dies die Ungültigkeit der von dem Familienrat gefaßten Beschlüsse nicht zur Folge. Der Übergangene kann aber — unbeschadet der etwa durch Mitteilung des Beschlusses bereits entstandenen Wirkungen — eine neue Beschlußfassung verlangen.

2. Wird dem **Antrage** nicht stattgegeben, so steht dem Antragsteller das Recht der Beschwerde zu (§ 20 FGG).

§ 1874

Zur Beschlußfähigkeit des Familienrats ist die Anwesenheit des Vorsitzenden und mindestens zweier Mitglieder erforderlich[1]).

Der Familienrat faßt seine Beschlüsse nach der Mehrheit der Stimmen der Anwesenden. Bei Stimmengleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden.[2])

Steht in einer Angelegenheit das Interesse des Mündels zu dem Interesse eines Mitglieds in erheblichem Gegensatze, so ist das Mitglied von der Teilnahme an der Beschlußfassung ausgeschlossen. Über die Ausschließung entscheidet der Vorsitzende[3]).

E I 1722 II 1767 M 4, 1220 P 4, 837.

1. Ist nach dieser Bestimmung **Beschlußfähigkeit** nicht vorhanden, so kann ein gültiger Beschluß von dem Familienrat nicht gefaßt werden. Die Bestimmung des Abs 1 kann nicht durch Beschluß des Familienrats, auch nicht durch Anordnung eines der Eltern abgeändert werden. Es kann hierdurch zwar die Zahl der Mitglieder des Familienrats bis zur Höchstzahl von sechs Mitgliedern (§§ 1862 Abs 2, 1860), nicht aber die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl erhöht werden. Ungültig ist ein Beschluß des Familienrats auch in dem Falle, daß er in der Besetzung von mehr als sechs Mitgliedern oder unter Mitwirkung eines unfähigen Mitglieds gefaßt ist und wird die aus ersterem Grunde folgende Ungültigkeit nicht etwa dadurch geheilt, daß das überzählige Mitglied unfähig ist (§ 1860 A 2, § 1865 A 1 — vgl. auch § 1863 A 1, § 1873 A 1 und § 1874 A 3). Im übrigen gelten für die Gültigkeit der Beschlüsse des Familienrats die gleichen Grundsätze, wie sie für die Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts gegeben sind (vgl. § 7 FGG). Zur Herbeiführung der Ungültigkeit bedarf es nicht der Anfechtung des Beschlusses im Beschwerdewege (a. M. Blume A 6).

2. Auf die **Beschlußfassung** finden, da es sich um ein gerichtliches Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, die Vorschriften der §§ 194—200 GVG entsprechende Anwendung. Nach § 199 wird zuerst von dem Berichterstatter, wenn ein solcher ernannt sein sollte, dann von dem im Lebensalter Jüngeren, zuletzt vom Vorsitzenden abgestimmt. Bei einem Streit in bezug auf Summen werden, wenn keine der Ansichten die Mehrheit auf sich vereinigt, die für die größte Summe abgegebenen Stimmen nach § 198 Abs 2 den für die zunächst geringere Summe abgegebenen hinzugerechnet. Die Beschlußfassung kann immer nur mündlich, nicht im Wege des Schriftenumlaufs erfolgen. Einer besonderen Form bedürfen die Beschlüsse nicht. Doch empfiehlt sich in allen wichtigeren Angelegenheiten die schriftliche Abfassung oder die protokollarische Aufnahme des Beschlusses, da sonst eine Ausfertigung nicht würde erteilt werden können. Sonst genügt ein zu den Akten zu bringender, den Inhalt des Beschlusses angebender Vermerk. — Nach § 8 FGG kommen übrigens auch die Vorschriften des GVG über die Sitzungspolizei und die Gerichtssprache (§§ 177 ff. GVG, s. auch § 9 FGG) zur Anwendung.

3. Die **Ausschließung** tritt erst durch die Entscheidung des Vorsitzenden ein. Gegen diese Entscheidung kann der Ausgeschlossene nach § 20 FGG Beschwerde einlegen. Die Beschwerde wird allerdings, da sie nicht aufschiebende Kraft hat (§ 24 FGG), wenn inzwischen der Beschluß des Familienrats ergangen und der Vormund daraufhin tätig geworden ist, wirkungslos bleiben. Die ungerechtfertigte Ausschließung hat die Ungültigkeit des Beschlusses, sofern nur der Familienrat beschlußfähig war, nicht zur Folge. Der Ausgeschlossene kann nur eine neue Beschlußfassung verlangen (vgl. § 1873 Art 1).

§ 1875

Ein Mitglied des Familienrats, das ohne genügende Entschuldigung der Einberufung nicht Folge leistet oder die rechtzeitige Anzeige seiner Verhinderung unterläßt oder sich der Teilnahme an der Beschlußfassung enthält, ist von dem Vorsitzenden in die dadurch verursachten Kosten zu verurteilen.[1])

Der Vorsitzende kann gegen das Mitglied eine Ordnungsstrafe[2]) bis zu einhundert Mark verhängen.

Erfolgt nachträglich genügende Entschuldigung, so sind die getroffenen Verfügungen aufzuheben.

E I 1721 Abs 2 II 1766 M 4, 1220 P 4, 837.

1. **Die Verurteilung in die Kosten,** die durch Vereitelung des Termins der Staatskasse und dem Mündel entstanden sind, der seinerseits wiederum den andern Mitgliedern des Familienrats, unter Umständen auch dem Vormunde usw. die Auslagen zu ersetzen hat, muß unbedingt erfolgen, ohne daß ein Antrag hierauf gestellt zu werden braucht. Auf Grund dieser Verfügung findet die Beitreibung der Kosten nach Maßgabe der landesgesetzlichen Bestimmungen statt. In Ermangelung solcher Vorschriften bleibt zur Erlangung der Unkosten nur der Weg der Klage offen. Die Verurteilung in die Kosten ist auch dann auszusprechen, wenn das Ausbleiben an sich gerechtfertigt ist, der Ausbleibende aber schuldhaft unterlassen hat, von seiner Verhinderung so rechtzeitig Anzeige zu machen, daß die Aufhebung des Termins und die Bekanntmachung der Aufhebung noch erfolgen konnte. Die Kosten sind ihm in diesem Falle insoweit aufzuerlegen, als sie durch rechtzeitige Anzeige hätten vermieden werden können.

2. Ob eine **Ordnungsstrafe** festgesetzt werden soll, hängt von dem Ermessen des Vorsitzenden ab, der hierbei insbesondere auf die Größe des Verschuldens Rücksicht zu nehmen hat. Die Strafe ist eine Ungehorsamsstrafe, nicht eine Zwangsstrafe (Exekutivstrafe) und kann daher ohne vorgängige Androhung festgesetzt werden. Aus diesem Grunde ist auch eine wiederholte Straffestsetzung wegen derselben Handlung unzulässig (a. M. Schultzenstein-Köhne A 4). Gegen die Festsetzung findet nach §§ 20 Abs 1, 24 Abs 1 Beschwerde mit aufschiebender Wirkung statt (vgl Vorbem 4c vor § 1773).

§ 1876

Wird ein sofortiges Einschreiten nötig, so hat der Vorsitzende die erforderlichen Anordnungen zu treffen, den Familienrat einzuberufen, ihn von den Anordnungen in Kenntnis zu setzen und einen Beschluß über die etwa weiter erforderlichen Maßregeln herbeizuführen[1]).

E I 1719 Abs 3 II 1764 Abs 3 M 4, 1217 P 4, 837; 6, 311.

1. Ob ein **sofortiges Einschreiten** nötig ist, ob ohne Gefahr für den Mündel das Zusammentreten des Familienrats nicht abgewartet werden kann, hat der Vorsitzende nach freiem Ermessen zu entscheiden. In der Regel wird er sich, um der späteren Entschließung des Familienrats nicht vorzugreifen, auf die Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßregeln beschränken. Ist ein Vormund usw. zu bestellen, so empfiehlt es sich, für den Fall der Nichtgenehmigung des Familienrats die Entlassung vorzubehalten. Der Vorsitzende ist jedoch nicht gehindert, falls er dies nach seinem Ermessen für nötig erachtet, endgültige Maßregeln zu treffen. Sobald es möglich ist, hat er die Angelegenheit der Beschlußfassung des (bereits bestehenden oder erst einzusetzenden) Familienrats zu unterbreiten. Die Gültigkeit der Anordnung ist aber nicht durch die nachträgliche Genehmigung des Familienrats bedingt. Die Gültigkeit kann auch nicht aus dem Grunde in Frage gestellt werden, weil der Vorsitzende von seinem Ermessen einen unrichtigen Gebrauch gemacht hat, falls nicht die Sache etwa so liegt, daß ein betrügerisches Zusammenwirken des Vorsitzenden mit dem Dritten zum Nachteil des Mündels stattgefunden hat.

§ 1877

Die Mitglieder des Familienrats können von dem Mündel Ersatz ihrer Auslagen verlangen; der Betrag der Auslagen wird von dem Vorsitzenden festgesetzt[1]).

E I 1720 II 1768 M 4, 1218 P 4, 837.

1. **Ersatz der Auslagen.** Die Festsetzung durch den Vorsitzenden ist auch für den Prozeßrichter bindend, falls das Mitglied, um Befriedigung zu erlangen, zum Klagewege genötigt sein sollte. Gegen die Festsetzung kann derjenige Teil, welcher sich für beeinträchtigt hält, der Vormund oder das Mitglied des Familienrats gemäß § 20 FGG Beschwerde einlegen.

§ 1878

Das Amt eines Mitglieds des Familienrats endigt aus denselben Gründen, aus denen nach den §§ 1885, 1886, 1889 das Amt eines Vormundes endigt[1]).

Ein Mitglied kann gegen seinen Willen nur durch das dem Vormundschaftsgericht im Instanzenzuge vorgeordnete Gericht entlassen werden[2]).

E I 1723 II 1769 M 4, 1224 P 4, 837.

1. **Beendigungsgründe.** Keine Anwendung finden die §§ 1887 Abs 2 und 1888, betreffend die Entlassung wegen Rücknahme der Zustimmung des Ehemannes und wegen Rücknahme der Erlaubnis der vorgesetzten Behörde, da diese Zustimmung oder Erlaubnis zur Übernahme des Amtes eines Mitglieds nicht erforderlich ist (§ 1866). Desgleichen ist unanwendbar die Vorschrift des § 1887 Abs 1, betreffend die Zulässigkeit der Entlassung im Falle der Verheiratung der Frau. Von den Fällen der Entlassung auf eigenen Antrag fallen selbstverständlich, was in § 1878 nicht besonders hervorgehoben ist, die Nr 6 und 7 des in § 1889 angezogenen § 1786 fort, da ein Mitglied des Familienrats nicht zu einer Sicherheitsleistung angehalten werden kann und dieses Amt nicht von mehreren zu gemeinschaftlicher Verwaltung übernommen werden kann. Anwendbar bleiben hiernach § 1885 über Beendigung des Amtes durch Entmündigung oder Todeserklärung, § 1886 über Entlassung von Amts wegen und § 1889 in Verbindung mit § 1786 Nr 2 bis 5 und 8 (siehe auch § 1871 A 1). Die Entlassung ist außerdem mit Rücksicht auf § 1866 Nr 1 geboten, wenn das Mitglied des Familienrats zum Vormunde bestellt wird.

2. Über die Entlassung des Mitglieds auf eigenen Antrag **beschließt der Familienrat**, ebenso über die Entlassung von Amts wegen, falls das Mitglied mit seiner Entlassung einverstanden ist. Andernfalls ist das Landgericht als **das im Instanzenzuge vorgeordnete Gericht** zuständig. Dem gegen seinen Willen entlassenen Mitgliede steht nach § 60 Nr 4 FGG die sofortige Beschwerde zu (nicht auch die weitere Beschwerde, § 64 FGG). Wird die Entlassung abgelehnt, so kann nur der Vormund (a. M. Fuchs A 2 IIb α), im Falle des § 1889 auch das den Antrag stellende Mitglied Beschwerde erheben (§ 20 FGG).

§ 1879

Das Vormundschaftsgericht hat den Familienrat aufzuheben, wenn es an der zur Beschlußfähigkeit erforderlichen Zahl von Mitgliedern fehlt und geeignete Personen zur Ergänzung nicht vorhanden sind[1]).

E I 1724 Abs 1 Nr 1 II 1770 Abs 1 Nr 1 M 4, 1225 P 4, 837.

1. Der Familienrat kann seine Auflösung nicht selbst beschließen. Nur das **Vormundschaftsgericht kann den Familienrat aufheben** und zwar abgesehen von dem Falle des § 1880 nur aus dem in § 1879 bezeichneten Grunde. Sinkt die Zahl der Mitglieder unter zwei (die nach § 1874 Abs 1 zur Beschlußfähigkeit erforderliche Mindestzahl) herunter, so hat das Vormundschaftsgericht nach § 1862 das Recht und die Pflicht, den Familienrat bis zur Erreichung der Beschlußfähigkeit durch Aufnahme neuer Mitglieder zu ergänzen (vgl. § 1858 A 2). Stellt sich heraus, daß die Ergänzung nicht möglich ist, so hat das Vormundschaftsgericht ohne Rücksicht auf das Vorhandensein von Ersatzmitgliedern (§§ 1863, 1864) die Aufhebung des Familienrats auszusprechen. Es darf dies nicht deshalb hinausgeschoben werden, weil Aussicht ist, später ein geeignetes und zur Übernahme bereites Mitglied zu gewinnen. Die Aufhebung hindert nicht, daß später von neuem ein Familienrat eingesetzt wird, wobei die nach § 1858 getroffene Anordnung als fortwirkend anzusehen ist. Der Antrag aus § 1859 hat dagegen durch die Aufhebung des Familienrats seine Wirksamkeit verloren (a. M. Fuchs A 7). — Gegen die Aufhebung des Familienrats steht außer den Mitgliedern des Familienrats und dem Vormunde, deren Recht sich aus § 20 FGG ergibt, nach §§ 57 Nr 4, 60 Nr 4 allgemein den Verwandten und Verschwägerten sowie dem Ehegatten des Mündels die sofortige Beschwerde zu.

§ 1880

Der Vater des Mündels kann die Aufhebung des von ihm angeordneten Familienrats für den Fall des Eintritts oder Nichteintritts eines künftigen Ereignisses nach Maßgabe des § 1777 anordnen. Das gleiche Recht steht der ehelichen Mutter des Mündels für den von ihr angeordneten Familienrat zu[1]).

Tritt der Fall ein, so hat das Vormundschaftsgericht den Familienrat aufzuheben.

E I 1712 Abs 2, 1724 Abs 1 Nr 2 II 1751 Abs 2, 1770 Abs 1 Nr 2 M 4, 1204 u. 1225 P 4, 837.

1. Vgl. § 1858 A 2. Ist vom Vater die Einsetzung eines Familienrats angeordnet, so hat die von der Mutter, wenn auch nur für einen besonderen Fall, **angeordnete Aufhebung des Familienrats** keine Wirkung. Wegen des Beschwerderechts siehe § 1879 A 2.

§ 1881

Von der Aufhebung des Familienrats hat das Vormundschaftsgericht die bisherigen Mitglieder, den Vormund und den Gegenvormund, in Kenntnis zu setzen.

Der Vormund und der Gegenvormund erhalten neue Bestallungen. Die früheren Bestallungen sind dem Vormundschaftsgerichte zurückzugeben.[1])

E I 1724 Abs 2 II 1770 Abs 2 M 4, 1225 P 4, 837.

1. Die Erteilung einer **neuen Bestallung an den Vormund** oder die Berichtigung der Bestallung ist nötig, weil nach § 1791 letzter Satz die Bestallung über die Einsetzung eines Familienrats Auskunft geben soll.

VII. Beendigung der Vormundschaft

§ 1882

Die Vormundschaft endigt mit dem Wegfalle der im § 1773 für die Anordnung der Vormundschaft bestimmten Voraussetzungen[1])[2]).

E I 1703 Abs 1 II 1740 M 4, 1193 P 4, 825.

1. Die **Voraussetzungen der Vormundschaft fallen weg** a) mit dem Aufhören der Minderjährigkeit des Mündels, b) mit dem Entstehen der elterlichen Gewalt, vorausgesetzt, daß ihr Inhaber nicht von der Vertretung in persönlichen und Vermögensangelegenheiten ausgeschlossen ist, und mit dem Aufhören des Ruhens der elterlichen Gewalt, c) mit der Übernahme der vormundschaftlichen Fürsorge durch den ausländischen Heimatsstaat, d) mit dem Tode des Mündels. Die Regel, daß bei Wegfall der Voraussetzungen die Vormundschaft ohne weiteres endigt, erleidet jedoch gewisse Ausnahmen und zwar zu b) durch die Vorschrift des § 1883, zu d) durch die Vorschrift des § 1884. Unter b) fällt es auch, wenn der bisher unbekannte Familienstand des Mündels (vgl. § 1773 A 3) ermittelt und hierbei festgestellt wird, daß sich das Kind in Wahrheit in elterlicher Gewalt befindet. Man wird indes in diesem Falle zur Beendigung der Vormundschaft ihre Aufhebung zu erfordern haben, da erst hierdurch das Bestehen der elterlichen Gewalt kundbar wird. Ebenso wird, wenn die vormundschaftliche Fürsorge von dem ausländischen Heimatsstaat übernommen wird (Art 23 EG, § 47 FGG, vgl. § 1773 A 1) oder die weitere Fürsorge des Inlandes für entbehrlich erachtet wird, die Beendigung der deutschen Vormundschaft von der in der Aufhebung der Vormundschaft sich kundgebenden Entschließung der inländischen Behörde abhängig zu machen sein. Durch Erreichung der Volljährigkeit endigt die Vormundschaft unbedingt, auch wenn in der Bestallung das Alter des Mündels unrichtig angegeben sein sollte oder aus besonderen Gründen eine weitere Bevormundung nötig wird. Der bisherige Altersvormund kann in diesem Falle als Vormund des Volljährigen oder als Pfleger neu verpflichtet werden (über seine Herausgabepflicht s. § 1890 A 2). Der Volljährigkeit steht nach § 3 Abs 2 die Volljährigkeitserklärung gleich. Sie wird wirksam in dem Augenblick, in welchem der sie aussprechende Beschluß dem für volljährig Erklärten zugestellt wird (§ 16 Abs 1 FGG). Ist das Alter des Mündels wie bei Findelkindern nicht mit Sicherheit festzustellen, so hat der Vormundschaftsrichter hierüber nach verständigem Ermessen zu entscheiden, und seine Entscheidung muß für die Fortdauer als maßgebend angesehen werden. Wird die Vormundschaft über einen Ausländer geführt, so bestimmt sich der Zeitpunkt der Volljährigkeit nach ausländischem Recht, unbeschadet der Befugnis des deutschen Vormundschaftsgerichts, die Vormundschaft, wenn der Mündel nach deutschem Recht volljährig geworden ist, durch Aufhebung zur Beendigung zu bringen (**RG** Pr. JMBl 98, 108). Über die Bedeutung der Beendigung der Vormundschaft für das Aufhören der Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts s. § 1892 A 1 und über ihre Bedeutung für das Vertretungsrecht des Vormundes s. § 1793 A 3.

2. Über die Volljährigkeit hinaus kann die **Vormundschaft nicht verlängert** werden. Einen der Vormundschaft ähnlichen Zustand kann allerdings der Erblasser dadurch herbeiführen, daß er die Verwaltung des dem Erben hinterlassenen Erbteils einem Testamentsvollstrecker überträgt (vgl. §§ 2209, 2306). Es bleibt daher, wenn der Erblasser eine über die Volljährigkeit des Erben hinaus dauernde Vormundschaft (Pflegschaft) angeordnet hat, zu prüfen, ob die Anordnung nicht unter dem Gesichtspunkte, daß die Bestellung eines Testamentsvollstreckers gewollt ist, sich aufrechterhalten läßt.

3. Die **Aufhebung der Vormundschaft wird wirksam** durch Mitteilung der Verfügung an den Vormund, dessen Amt hierdurch erlischt (§ 16 Abs 1 FGG). Gegen die Aufhebung steht nach § 57 Nr 1 FGG einem jeden, der ein rechtliches Interesse am Fortbestehen der Vormundschaft hat, desgleichen dem Ehegatten und den Verwandten (Verschwägerten) des Mündels die Beschwerde zu. Das Vormundschaftsgericht kann die von ihm getroffene Verfügung ändern. Die Vormundschaft ist in diesem Falle, wenn die Aufhebung bereits wirksam geworden ist, von neuem einzuleiten.

§ 1883

Wird der Mündel durch nachfolgende Ehe legitimiert, so endigt die Vormundschaft erst dann, wenn die Vaterschaft des Ehemanns durch ein zwischen ihm und dem Mündel ergangenes Urteil rechtskräftig festgestellt ist oder die Aufhebung der Vormundschaft von dem Vormundschaftsgericht angeordnet wird.

Das Vormundschaftsgericht hat die Aufhebung anzuordnen, wenn es die Voraussetzungen der Legitimation für vorhanden erachtet. Solange der Ehemann lebt, soll die Aufhebung nur angeordnet werden, wenn er die Vaterschaft anerkannt hat oder wenn er an der Abgabe einer Erklärung dauernd verhindert oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist.[1])

E I 1703 Abs 2 II 1741 M 4, 1194 P 4, 825.

1. Die **Legitimation des Mündels durch nachfolgende Ehe** setzt voraus, daß der Ehemann der Mutter des Mündels der natürliche Vater des Mündels ist. Da das Vorhandensein dieser Voraussetzung oft zweifelhaft ist, auch das von dem Ehemann in öffentlicher Urkunde abgegebene Anerkenntnis der Vaterschaft nach § 1720 Abs 2 nur eine Vermutung begründet, so wird zur Beendigung der Vormundschaft entweder ein die Vaterschaft des Ehemannes feststellendes rechtskräftiges Urteil oder die ausdrückliche Aufhebung der Vormundschaft durch das Vormundschaftsgericht erfordert. Das Urteil muß im Prozesse zwischen dem Vater als Ehemann und dem ehelich gewordenen Kinde ergangen sein (bestr.), da nur in diesem Falle das Urteil nach näherer Bestimmung des § 643 ZPO Rechtskraftwirkung für und gegen alle hat. Will das Vormundschaftsgericht ohne vorgängiges Urteil die Aufhebung der Vormundschaft aussprechen, so soll es sich, soweit dies möglich ist, eine Anerkennung der Vaterschaft erteilen lassen, die nicht gerade in öffentlicher Urkunde erklärt zu werden braucht (vgl. § 1720 A 1 u. 2). Das Vormundschaftsgericht hat außerdem zu prüfen, ob Bedenken gegen die Richtigkeit der Anerkennung vorliegen. Bis zur Rechtskraft des Urteils oder bis zur Aufhebung bleibt die Vormundschaft und damit auch die Vertretungsmacht des Vormundes bestehen, unbeschadet der aus der elterlichen Gewalt von dem Vater bereits erlangten Rechte, sodaß bis zu jenem Zeitpunkte sowohl der Vormund als der Vater vertretungsberechtigt ist und bei einem Widerstreit der von beiden Teilen getroffenen Verfügungen die frühere Verfügung den Vorrang vor der späteren hat. — Über den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Aufhebung und das Beschwerderecht s. § 1883 A 3.

§ 1884

Ist der Mündel verschollen, so endigt die Vormundschaft erst mit der Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht. Das Vormundschaftsgericht hat die Vormundschaft aufzuheben, wenn ihm der Tod des Mündels bekannt wird[1]).

Wird der Mündel für tot erklärt, so endigt die Vormundschaft mit der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils[2]).

E I 1703 Abs 1 Nr 1 II 1742 M 4, 1194 P 4, 825.

1. Mit dem Tode des Mündels oder der Todeserklärung erreicht die Vormundschaft ihr Ende. Ist der **Mündel verschollen,** ist seit längerer Zeit keine Nachricht von ihm ein-

gegangen, so ist es ungewiß geworden, ob der Mündel noch am Leben ist. Über die Fortdauer der Vormundschaft hat deshalb der Vormundschaftsrichter zu befinden, der nach dem Ergebnis der Ermittelungen zu entscheiden hat, ob das Ableben des Mündels derart wahrscheinlich ist, daß daraufhin die Vormundschaft aufgehoben werden kann. Das Verschollensein des Mündels hat nicht zur Folge, daß sonstige Gründe (außer dem Tode des Verschollenen), die ohne weiteres die Beendigung der Vormundschaft herbeiführen, diese Wirkung nicht hätten und es somit auch in diesen Fällen der Aufhebung bedürfte (bestr.) — Über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Aufhebung und das Beschwerderecht s. § 1883 A 3.

2. Die Rechtskraft des Ausschlußurteils tritt, da ein Rechtsmittel nicht stattfindet (§ 957 ZPO), bereits mit dem Erlaß des Urteils ein. Die **Todeserklärung** bewirkt endgültig in diesem Zeitpunkt die Beendigung der Vormundschaft (vgl. § 18 A 1). Auch wenn sich später herausstellt, daß der für tot erklärte Mündel noch lebt oder das Urteil infolge der Anfechtungsklage aufgehoben wird, gilt die Vormundschaft nicht als fortbestehend (anders für den Fall der Aufhebung des Urteils die herrschende Meinung), sondern es kann nötigenfalls nur eine neue Vormundschaft eingeleitet werden.

§ 1885

Das Amt des Vormundes endigt mit seiner Entmündigung[1])[2]).

Wird der Vormund für tot erklärt, so endigt sein Amt mit der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils[1]).

E I 1704 Nr 1 u. 2 II 1743 M 4, 1195 P 4, 827.

1. **Entmündigung und Todeserklärung des Vormundes.** Das Amt des Vormundes wird nicht schon dadurch beendigt, daß der Vormund geschäftsunfähig wird oder die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit verliert. Dies ist nur ein Grund, den Vormund (dessen Willenserklärungen im Falle der Geschäftsunfähigkeit nichtig sind), aus § 1886 zu entlassen. Die unmittelbare Beendigung tritt, abgesehen von dem Tode des Vormundes, nur ein, wenn er (wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht) entmündigt wird oder für tot erklärt wird. Es muß also ein amtliches Verfahren stattfinden, in welchem das Vorhandensein der Voraussetzungen des Amtsverlustes festgestellt wird. Die spätere Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses infolge der Anfechtungsklage hat ebensowenig wie die Aufhebung des die Todeserklärung aussprechenden Ausschlußurteils zur Folge, daß das Amt des Vormundes wieder auflebt (s. wegen des Entmündigungsbeschlusses § 672 Satz 2 ZPO). Über den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Entmündigung s. § 1896 A 1, über die Wirksamkeit der Todeserklärung § 1884 A 2 und über die im Falle der Entmündigung dem Vormundschaftsgericht zu machende Mitteilung § 1896 A 1 a. E. Ist dem Prozeßrichter bekannt, daß der Entmündigte eine Vormundschaft führt, so wird er, wennschon dies nicht besonders vorgeschrieben ist, auch zu diesen Vormundschaftsakten Mitteilung zu machen haben. Der Vormundschaftsrichter ist natürlich nicht gehindert, schon vor Erlaß des Entmündigungsbeschlusses oder des Todeserklärungsurteils den Vormund aus § 1886 zu entlassen. Er darf sogar, wenn er sich nicht ersatzpflichtig machen will, den Ausfall jenes Verfahrens nicht untätig abwarten, sondern hat gegebenenfalls durch Bestellung eines Pflegers für Wahrnehmung der Interessen des Mündels zu sorgen.

2. Was die **sonstigen Beendigungsgründe** des Amtes des Vormundes betrifft, so ist eine Bestellung des Vormundes auf Zeit oder bis zu einem bestimmten Ereignisse in der Weise, daß mit dem Eintritt der Zeit oder des Ereignisses sein Amt ohne weiteres endigt, nicht möglich. Nach § 1790 kann die Entlassung für letzteren Fall nur vorbehalten werden. Über die Entlassung zum Zweck der Einsetzung des berufenen Vormundes s. § 1778 A 3. Das Amt des Vormundes wird außerdem gemäß Art 136 EG nach Maßgabe der landesgesetzlichen Bestimmungen mit dem Eintritt des gesetzlichen Vormundes (Anstaltsvormundes oder Berufsvormundes) beendigt.

§ 1886

Das Vormundschaftsgericht hat den Vormund zu entlassen, wenn die Fortführung des Amtes, insbesondere wegen pflichtwidrigen Verhaltens des Vormundes, das Interesse des Mündels gefährden würde[1]) oder wenn in der Person des Vormundes einer der im § 1781 bestimmten Gründe vorliegt[2])[3]).

E I 1704 Nr 3, 1705 Nr 1 u. 2 II 1744 M 4, 1196 P 4, 831.

1. **Entlassung des Vormundes.** Die Interessen des Mündels entscheiden ausschließlich darüber, ob der bestellte Vormund in seinem Amte zu belassen ist. Die Entlassung ist

nicht dadurch bedingt, daß es bereits zu einer Schädigung des Mündels gekommen ist. Es genügt eine Gefährdung seiner Interessen, die bereits in bestimmten Handlungen zutage getreten sein kann oder aus der ganzen Sachlage sich ergeben kann. Die Verhältnisse können mit oder ohne Schuld der Beteiligten sich derartig zugespitzt haben, es kann zwischen dem Vormunde und dem Mündel eine solche Entfremdung eingetreten sein, daß eine gedeihliche Wirksamkeit des Vormundes nicht mehr zu erwarten ist. Die Verletzung der dem Vormundschaftsgericht schuldigen Achtung durch den Vormund oder eine ungerechtfertigte Mißstimmung der Mutter gegen den Vormund kann allein zur Entlassung nicht genügen. Daß der Vormund, — wie § 1833 voraussetzt — pflichtwidrig gehandelt habe, ist zur Anwendung des § 1886 nicht unbedingt erforderlich. § 1886 will den Mündel auch davor schützen, daß der Vormund nicht geeignet ist, die Pflichten seines Amtes in gehöriger Weise zu erfüllen oder doch den im gegebenen Falle an ihn zu stellenden besonderen Anforderungen nicht gewachsen ist. Ein Grund zur Entlassung kann es auch sein, wenn der Vormund in so hohem Maße eigenwillig und rechthaberisch ist, daß er sich trotz aller Vorhaltungen von der Unzweckmäßigkeit seiner Maßnahmen sich nicht überzeugen läßt (KG in RJA 5, 219). Das Vormundschaftsgericht hat natürlich, bevor es zur Entlassung schreitet, sorgfältig zu prüfen, ob nach dem Gesamtverhalten des Vormundes und der Größe der Gefahr die Entlassung im Interesse des Mündels ist, ob zu seiner Sicherung nicht andere Maßnahmen ausreichen. Eine Beschränkung seiner Befugnisse durch Bestellung eines Pflegers, die nach § 1796 nur bei Vorhandensein eines erheblichen Interessengegensatzes zulässig ist, braucht allerdings der Vormund, wenn ein solcher Grund nicht vorliegt, sich nicht gefallen zu lassen.

2. Der Vormund ist ferner zu entlassen, wenn er von vornherein wegen Vorliegens eines **Untauglichkeitsgrundes aus § 1781** nicht als Vormund hätte bestellt werden sollen oder nachträglich ein solcher Untauglichkeitsgrund eingetreten ist. Ebenso ist, wennschon § 1886 diesen Fall nicht besonders erwähnt, die Entlassung geboten, wenn der Vormund nachträglich geschäftsunfähig geworden ist, soweit nicht infolge der Entmündigung des Vormundes sein Amt ohne weiteres aufgehört hat (vgl. § 1885 A 1). Über die Geschäftsunfähigkeit des Vormundes s. § 1780 A 1, § 1885 A 1, über die Unbeachtlichkeit des Untauglichkeitsgrundes aus § 1782 s. A 1 das.

3. Hinsichtlich des **Verfahrens** ist zu bemerken, daß der Vormundschaftsrichter regelmäßig, wenn nicht Gefahr im Verzuge ist, sich der Pflicht nicht wird entziehen können, vor der Entlassung den Vormund zu hören. Desgleichen wird die zuvorige Anhörung von Verwandten und Verschwägerten des Mündels gemäß § 1847 der Regel nach am Platze sein. Gegen die Entlassung steht dem Vormunde die sofortige Beschwerde zu (§ 60 Nr 3 FGG). Ist die Entlassung entgegen dem Antrage des Gegenvormundes abgelehnt, so ist dieser nach § 57 Nr 6 FGG zur Beschwerde berechtigt. Auch dem über 14 Jahre alten Mündel und den sonstigen Interessenten wird bei Ablehnung der Entlassung das Beschwerderecht aus § 57 Nr 9 FGG dann nicht zu versagen sein, wenn die Entlassung aus Rücksichten auf die Sorge für die Person des Mündels beantragt war (vgl. KG in RJA 6, 7; BayerObLG in SeuffA 61 Nr 160). Wird der Anstaltsvormund oder Berufsvormund (vgl. § 1773 A 4) vom Vormundschaftsgericht entlassen, so ist auch der Gemeindevorstand zur Einlegung der Beschwerde berechtigt. Die Entlassung tritt in Kraft mit der Bekanntmachung des Beschlusses an den Vormund. Noch nach der Entlassung kann der Vormund eine wegen Pflichtwidrigkeit gegen ihn erlassene Aufsichtsverfügung durch Beschwerde anfechten (KGJ 30 A 25).

§ 1887

Das Vormundschaftsgericht kann eine Frau, die zum Vormunde bestellt ist, entlassen, wenn sie sich verheiratet.

Das Vormundschaftsgericht hat eine verheiratete Frau, die zum Vormunde bestellt ist, zu entlassen, wenn der Mann seine Zustimmung zur Übernahme oder zur Fortführung der Vormundschaft versagt oder die Zustimmung widerruft. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn der Mann der Vater des Mündels ist[1]).

E I 1704 Nr 3, 1705 Nr 3, 1707 II 1745 M 4, 1196 P 4, 831 u. 833.

1. Eine **verheiratete Frau** soll nach § 1783 zum Vormunde nur mit Zustimmung ihres Mannes bestellt werden, falls es sich nicht um sein Kind handelt. Dem Vormundschaftsrichter ist es zwar gestattet, die Ehefrau schon vor Beibringung der Zustimmung, wenn ihm die Erteilung unbedenklich erscheint, als Vormund zu verpflichten, es muß aber die Entlassung erfolgen, falls die Zustimmung — was der Vormundschaftsrichter zu überwachen hat — nicht nachgebracht wird. Eine ausdrückliche Versagung wird, wenngleich der Wortlaut des § 1887 hierfür zu sprechen scheint, nicht zu fordern sein. Die erteilte Zu-

stimmung kann der Ehemann, ohne daß ihn ein etwaiger Verzicht auf das Widerrufsrecht bindet, beliebig widerrufen; der Widerruf ist von dem Vormundschaftsgericht jedoch nur zu beachten, wenn er ihm gegenüber erklärt wird (bestr.). Hat sich die Frau erst nach der Bestellung zum Vormunde verheiratet, so hat der Mann, da sie die aus dem vormundschaftlichen Amte folgenden Verpflichtungen schon vor der Eheschließung übernommen hat, kein Widerspruchsrecht. Der Vormundschaftsrichter kann aber die Frau unter billiger Rücksichtnahme auf ihre häuslichen Verhältnisse, die ihr eine gedeihliche Führung der Vormundschaft erschweren, entlassen und ist hierzu selbst dann berechtigt, wenn der Mann seine Zustimmung zur Fortführung der Vormundschaft erteilt.

§ 1888

Ist ein Beamter oder ein Religionsdiener zum Vormunde bestellt, so hat ihn das Vormundschaftsgericht zu entlassen, wenn die Erlaubnis, die nach den Landesgesetzen zur Übernahme der Vormundschaft oder zur Fortführung der vor dem Eintritt in das Amts- oder Dienstverhältnis übernommenen Vormundschaft erforderlich ist, versagt oder zurückgenommen wird oder wenn die nach den Landesgesetzen zulässige Untersagung der Fortführung der Vormundschaft erfolgt[1]).

E 1704 Nr 3, 1705 Nr 4 II 1746 M 4, 1196 P 4, 831.

1. S. Erläuterung zu § 1784.

§ 1889

Das Vormundschaftsgericht hat den Vormund auf seinen Antrag zu entlassen, wenn ein wichtiger Grund[1]) vorliegt; ein wichtiger Grund ist insbesondere der Eintritt eines Umstandes, der den Vormund nach § 1786 Abs. 1 Nr. 2 bis 7 berechtigen würde, die Übernahme der Vormundschaft abzulehnen.

E I 1704 Nr 3, 1706 II 1747 M 4, 1196 u. 1199 P 4, 832.

1. **Entlassung auf Antrag des Vormundes.** Als wichtiger Grund, der dem Vormund ein Recht auf Entlassung gibt, ist der nachträgliche Eintritt eines der Ablehnungsgründe des § 1786 Abs 1 Nr 2 bis 7 bezeichnet. § 1786 Nr 1, wonach eine Frau die Übernahme der Vormundschaft ablehnen kann, kommt naturgemäß nicht in Betracht, da dieser Ablehnungsgrund nicht nachträglich eintreten kann. Ausgeschieden ist der Ablehnungsgrund des § 1786 Nr 8 (Führung von mehr als einer Vormundschaft oder Pflegschaft), um dem Vormunde nicht die Möglichkeit zu geben, durch Übernahme einer weiteren Vormundschaft sich der Führung einer ihm unbequemen Vormundschaft zu entziehen. Im übrigen hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu beurteilen, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ob nach der Gestaltung der Verhältnisse die Fortführung des Amtes dem Vormunde besonders beschwerlich ist und deshalb nach Billigkeit nicht von ihm verlangt werden kann. Nicht ganz außer Betracht darf hierbei bleiben, welchen Nachteil der Mündel durch den Wechsel des Vormundes erfährt. Ist eine schwierige Angelegenheit im Gange, in welche der Nachfolger sich nicht leicht hineinarbeiten kann, so wird es unter Umständen dem Vormunde zuzumuten sein, daß er noch bis zur Ordnung dieser Angelegenheit im Amte verbleibt. Als wichtiger Grund kann nach Lage der Sache auch ein Ablehnungsgrund, der bereits bei Übernahme der Vormundschaft bestanden hat, und selbst ein Ablehnungsgrund aus § 1786 Nr 8 angesehen werden. Gegen die Ablehnung seines Antrags auf Entlassung steht dem Vormunde nach § 20 FGG die Beschwerde zu. Ein Verzicht auf das Recht auf Entlassung ist nur wirksam, wenn er dem Vormundschaftsgericht gegenüber erklärt ist.

§ 1890

Der Vormund hat nach der Beendigung seines Amtes[1]) dem Mündel das verwaltete Vermögen herauszugeben[2]) und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen[3]). Soweit er dem Vormundschaftsgerichte Rechnung gelegt hat, genügt die Bezugnahme auf diese Rechnung[3]).

E I 1700 Abs 1 u. 2 II 1736 M 4, 1184 P 4, 819.

1. Aus der Natur der Verwaltung folgt, daß der Vormund nach **Beendigung seines Amtes** das Vermögen an den Mündel herauszugeben und sich darüber, daß das herausgegebene Vermögen das sämtliche dem Mündel zukommende Vermögen ist, auszuweisen hat (Pflicht der Herausgabe und Rechenschaftsablegung). Diese Verpflichtungen sind, falls der Vormund verstorben ist, von den Erben zu erfüllen. Ist der Vormund in

Konkurs verfallen, so verbleibt ihm die Pflicht zur Rechenschaftslegung, die Konkursmasse haftet aber für den Schadensersatz, den der Mündel wegen ungenügender Rechenschaftslegung zu beanspruchen hat. Zu leisten ist an den Mündel oder seine Erben oder den neuen gesetzlichen Vertreter. Hat der Mündel seinen Anspruch an einen Dritten abgetreten, so ist dieser empfangsberechtigt. Ist der Mündel nur zusammen mit andern Personen berechtigt, so kann die Herausgabe, falls nicht eine Auseinandersetzung erfolgt oder der volljährig gewordene Mündel von dem unter vormundschaftlicher Verwaltung verbleibenden Vermögen abgeschichtet wird, an die Berechtigten nur gemeinschaftlich erfolgen, zu welchem Zwecke sich diese nötigenfalls durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten vertreten lassen müssen. Die Prüfung der Empfangsbefugnis bleibt in allen diesen Fällen dem Vormunde überlassen. Die Herausgabe erübrigt sich, wenn nach Beendigung der Altersvormundschaft über den volljährig gewordenen Mündel eine neue Vormundschaft (Pflegschaft) eingeleitet ist und der bisherige Vormund auch in der neuen Vormundschaftssache bestellt ist. Es muß aber auch in diesem Falle durch eine bis zur Beendigung der Altersvormundschaft fortzuführende Rechnungslegung klargestellt werden, welches Mündelvermögen in diesem Zeitpunkt vorhanden ist. Der Bestellung eines Pflegers zur Entgegennahme der Rechnung bedarf es nicht.

2. Die Pflicht zur **Herausgabe des verwalteten Vermögens** besteht nicht nur darin, daß der Vormund dem Mündel den Besitz der zum Mündelvermögen (rechtlich oder auch nur tatsächlich) gehörigen Sachen und der auf das Mündelvermögen sich beziehenden Urkunden überläßt. Ist er wegen Untergangs oder Beschädigung einer Sache oder, weil er den Verbleib eines Gegenstandes nicht nachweisen kann, ersatzpflichtig, so gehört es zu der Pflicht der Herausgabe, daß er diesen Ersatz leistet. Sind die Vermögensgegenstände im Besitz eines Dritten, so genügt der Vormund seiner Herausgabepflicht dadurch, daß er den Mündel durch Übergabe der Legitimationsurkunden, Anzeige von der Beendigung des Amtes an den Dritten rechtlich in die Lage setzt, seine Ansprüche selbst geltend machen zu können. Er hat auch dem Mündel die zur Geltendmachung der Ansprüche erforderliche Auskunft zu erteilen (vgl. § 402). Die gleichen Pflichten hat der Vormund hinsichtlich der zum Mündelvermögen gehörigen Rechte. Die Löschung des für den Mündel eingetragenen Sperrvermerks (§§ 1809, 1814—1816) ist nicht nötig, da der Sperrvermerk nur für die Dauer der Vormundschaft Bedeutung hat. Die Pflicht zur Herausgabe hat der Vormund sogleich nach Beendigung der Verwaltung zu erfüllen, ohne daß er damit so lange warten darf, bis die von ihm zu legende Rechnung abgenommen ist. Wegen etwaiger Gegenansprüche steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273, 274 zu. Das Zurückbehaltungsrecht darf, wenn es sich um eine geringfügige Gegenforderung handelt, nicht in unbilliger Weise über das zur Sicherung erforderliche Maß ausgedehnt werden (RG 61, 128). Etwaige durch die Herausgabe entstehende Kosten fallen dem Mündel zur Last.

3. Die **Rechenschaftsablegung** umfaßt nicht bloß die Rechnungslegung, sondern auch die sonst nötige Auskunfterteilung über die Vermögensverwaltung (vgl. § 1891). Sie erstreckt sich auf alle Gegenstände, die in die Verwaltung des Vormundes (nicht bloß in seinen Besitz) gekommen sind und auf die ganze Zeit der von ihm geführten Verwaltung. Gehört z. B. zu dem Mündelvermögen eine Darlehnsforderung, so kann der Mündel Auskunft darüber verlangen, aus welchen Einzelbeträgen das Darlehen sich zusammensetzt, wann der Schuldner die einzelnen Beträge erhalten hat, welche Vereinbarungen über das Darlehen, insbesondere über Verzinsung, Kündigung und Rückzahlung getroffen sind (RG 25. 2. 04 IV 321/03). Über die Art der Einrichtung der Rechnung s. § 1841 A 1 u. 2. Soweit während der Dauer der Vormundschaft bereits Rechnung gelegt ist, kann auf diese Rechnung — vorbehaltlich der etwa nötig gewordenen Vervollständigung oder Berichtigung — Bezug genommen werden. Dadurch, daß die Jahresrechnungen und das dem Vormundschaftsgericht eingereichte Vermögensverzeichnis ein Bestandteil der dem Mündel zu legenden Rechnung werden, gewinnen sie insofern eine andere Bedeutung, als der Mündel gemäß §§ 259 Abs 2 u. 3, 260 Abs 2 u. 3 die eidliche Erhärtung der Vollständigkeit der Einnahmen und des Vermögens verlangen darf. Von der Verpflichtung zur Legung der Rechnung an den Mündel kann der Vormund durch Anordnung des Vaters oder der ehelichen Mutter des Mündels nicht befreit werden. § 1854 gestattet die Befreiung nur für die Dauer der Vormundschaft. Dagegen ist der Erblasser hinsichtlich des von ihm nachgelassenen Vermögens nicht gehindert, den Vormund von jeder Rechnungslegungspflicht zu befreien. Nur die Einreichung des Vermögensverzeichnisses kann er dem Vormunde nicht erlassen (vgl. § 1802 A 1).

§ 1891

Ist ein Gegenvormund vorhanden, so hat ihm der Vormund die Rechnung vorzulegen. Der Gegenvormund hat die Rechnung mit den Bemerkungen zu versehen, zu denen die Prüfung ihm Anlaß gibt[1]).

Der Gegenvormund hat über die Führung der Gegenvormundschaft und, soweit er dazu imstande ist, über das von dem Vormunde verwaltete Vermögen auf Verlangen Auskunft zu erteilen.[2])

E I 1700 Abs 3 II 1737 M 4, 1184 P 4, 819.

1. **Mitwirkung des Gegenvormundes.** Bezüglich der von dem Vormunde dem Mündel zu legenden Rechnung hat der Gegenvormund dem Mündel gegenüber die gleichen Verpflichtungen zu erfüllen wie bezüglich der während der Dauer der Vormundschaft dem Vormundschaftsgericht zu legenden Rechnungen (vgl. § 1842). Nur ist der Gegenvormund nicht mit der Pflicht belastet, den Vermögensbestand sich nachweisen zu lassen, da dieser Nachweis jetzt dem Mündel zu führen ist. Ist zur Zeit der Beendigung der Vormundschaft ein Gegenvormund nicht mehr vorhanden, so ist nicht etwa zur Prüfung der Rechnung ein neuer Gegenvormund zu bestellen. Auch ist, wenn nach Beendigung des Amtes des Vormundes (ohne daß die Vormundschaft aufgehört hat) ein neuer Gegenvormund bestellt ist, dieser nur mit der Prüfung der von dem neuen Vormunde einzureichenden Rechnung, nicht mit der Prüfung der von dem bisherigen Vormunde zu legenden Rechnung befaßt.

2. Der Gegenvormund, der während bestehender Vormundschaft zur **Auskunftserteilung** an das Vormundschaftsgericht verbunden ist, hat nach beendeter Vormundschaft oder nach Beendigung des Amtes des Vormunds nunmehr dem Mündel auf dessen Verlangen über die Vermögensverwaltung des Vormundes, zu dessen Überwachung er bestellt war, soweit es ihm möglich ist, Auskunft zu geben.

§ 1892

Der Vormund hat die Rechnung, nachdem er sie dem Gegenvormunde vorgelegt hat, dem Vormundschaftsgericht einzureichen[1]).

Das Vormundschaftsgericht hat die Rechnung rechnungsmäßig und sachlich zu prüfen und deren Abnahme durch Verhandlung mit den Beteiligten unter Zuziehung des Gegenvormundes zu vermitteln. Soweit die Rechnung als richtig anerkannt wird, hat das Vormundschaftsgericht das Anerkenntnis zu beurkunden[2]).

E I 1701 II 1738 M 4, 1186 P 4, 819.

1. **Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts nach Beendigung der Vormundschaft.** Die Beendigung der Vormundschaft hat nicht zur Folge, daß die amtlichen Befugnisse des Vormundschaftsgerichts sofort erlöschen. Sie bleiben vielmehr hinsichtlich der zur Erledigung der Vormundschaft vorzunehmenden Geschäfte in vollem Umfange bestehen (RG 16. 9. 09 IV B 376/09). Das Vormundschaftsgericht darf noch nach beendeter Vormundschaft dem Vormunde eine Vergütung bewilligen. Auch darf die noch vor Beendigung der Vormundschaft erfolgte Bewilligung nachträglich im Beschwerdewege angefochten und durch das Beschwerdegericht geändert werden (KG in RJA 2, 5 ff., 6, 14). Die vormundschaftsgerichtliche Fürsorge betätigt sich nach Beendigung der Vormundschaft hauptsächlich darin, daß es im Interesse der Auseinandersetzung zwischen Vormund und Mündel seine Vermittlung eintreten läßt. Zur Durchführung der ihm auf diesem Gebiete zugewiesenen Aufgaben darf es die ihm zustehende Zwangsgewalt benutzen. Die sehr bestrittene Frage, ob das Vormundschaftsgericht berechtigt ist, den bisherigen Vormund zur Einreichung der von ihm dem Mündel zu legenden Rechnung durch Ordnungsstrafen anzuhalten, wird daher, falls nicht der Vormund eine besondere Einigung mit dem Mündel behaupten kann, über die im Prozeßwege zu entscheiden ist, zu bejahen sein. Abgesehen von diesem Falle hat der Mündel nicht nötig, sich das Recht auf Rechnungslegung erst im Wege des Prozesses zu erkämpfen (KGJ 32 A 53). Ist die Rechnung eine derart ungenügende, daß sie schon äußerlich sich nicht als Rechnung darstellt, so kann ebenfalls mit Ordnungsstrafen gegen den Vormund vorgegangen werden (KG in OLG 14, 266, KGJ 33 A 54). Das Vormundschaftsgericht wird demgemäß auch für befugt zu erachten sein, den Gegenvormund, soweit dies für die Auseinandersetzung zwischen Vormund und Mündel dienlich erscheint, gemäß § 1891 zur Äußerung darüber, ob er gegen die Rechnung etwas zu erinnern findet, und zur Auskunfterteilung, sofern diese Auskunft auch von dem Mündel begehrt wird, anzuhalten (bestr.). Eine solche Auskunft kann das Vormundschaftsgericht nötigenfalls unter Anwendung von Zwang auch von dem Vormunde fordern (bestr.). Die Herausgabe des Mündelvermögens ist Sache des Vormundes, doch kann das Vormundschaftsgericht den Vormund auch in dieser Tätigkeit, soweit es ihm angemessen erscheint, unterstützen. Es kann, um den Umweg zu ersparen, daß die bei den Akten befindlichen Urkunden zunächst an den Vormund zurückgegeben und dann von diesem dem vielleicht entfernt wohnenden Mündel übersandt werden,

die Herausgabe im Einverständnisse mit dem Vormunde in der Weise bewirken, daß es das auswärtige Gericht um Aushändigung ersucht, welches Rechtshilfeersuchen nicht abgelehnt werden darf (**RG** 16. 9. 09 IV B 376/09). Über die Befugnis, die Rückgabe der Bestallung zu erzwingen, s. § 1893 A 2.

2. Die dem Vormundschaftsgericht obliegende rechnungsmäßige und sachliche Prüfung der Rechnung dient nur zur Unterstützung des (volljährig gewordenen) Mündels. Diesem selbst bleibt die Entschließung überlassen, ob und welche Ausstellungen er erheben will. Zur Verhandlung über **Abnahme der Rechnung** sind die Beteiligten, der Mündel oder sein Rechtsnachfolger (vgl. § 1890 A 1) und der bisherige Vormund und Gegenvormund vorzuladen, ohne daß jedoch die Befolgung der Ladung erzwungen werden kann. Im Termine sind die Vormundschaftsakten dem erschienenen Mündel vorzulegen und mit ihm durchzugehen. Das Vormundschaftsgericht hat nach Erörterung des Sachverhältnisses darauf hinzuwirken, daß die Streitpunkte aufgeklärt werden und eine Einigung zustande kommt. Werden die Ausstellungen des Mündels als begründet anerkannt, so ist demgemäß die Rechnung richtigzustellen. Wird die Rechnung von dem Mündel als richtig anerkannt, so ist dies zu Protokoll, das von den Beteiligten unterschrieben werden muß (§ 177 FGG), festzustellen. Das Anerkenntnis ist aber auch ohne Einhaltung dieser Form gültig. Bleiben bestimmte Punkte streitig, so ist bezüglich dieser Punkte bei Aufnahme des Anerkenntnisses ein Vorbehalt zu machen. Erkennt der Mündel an, daß ihm das Vermögen richtig ausgeantwortet ist, so ist — wenngleich in § 1892 hierüber nichts gesagt ist — dies Anerkenntnis ebenfalls zu beurkunden. Soweit die Rechnung nicht als richtig anerkannt ist, kann der Vormund, um gegen die spätere Geltendmachung von Ersatzansprüchen geschützt zu sein, Klage auf Feststellung der Richtigkeit erheben (§ 256 ZPO). Das Anerkenntnis der Richtigkeit kann der Mündel, wenn er hierzu durch Irrtum bestimmt war, nach den Grundsätzen der §§ 812, 814 anfechten. Eine Anfechtung ist nach den bezeichneten Bestimmungen auch aus dem Grunde zulässig, daß sich der Anerkennende irrtümlich zur Abgabe der Erklärung für verpflichtet gehalten hat (**RG** JW 02 Beil 255[168]). Im Zweifel ist nicht anzunehmen, daß der Anerkennende auch auf solche Ansprüche hat verzichten wollen, die aus den ihm vorgelegten Vormundschaftsakten und den sonstigen Unterlagen nicht erkennbar waren. Die Aufhebung der vom Vormund dem Mündel bestellten Sicherheit kann nach Beendigung der Vormundschaft nicht mehr das Vormundschaftsgericht, sondern nur der Mündel bewilligen.

§ 1893

Im Falle der Beendigung der Vormundschaft oder des vormundschaftlichen Amtes finden die Vorschriften der §§ 1682, 1683 entsprechende Anwendung[1]).

Der Vormund hat nach der Beendigung seines Amtes die Bestallung dem Vormundschaftsgerichte zurückzugeben[2]).

E I 1709 u. 1711 II 1749 M 4, 1202 P 4, 833.

1. S. § 1682 A 1 und § 1683 A 1.

2. Die Befugnis des Vormundschaftsgerichts, den Vormund (Gegenvormund) durch Ordnungsstrafen zur **Rückgabe der Bestallung** anzuhalten, wird, wenngleich aus der Beendigung der Vormundschaft ein grundsätzliches Bedenken gegen die Zulässigkeit des Zwanges nicht herzuleiten ist (vgl. § 1892 A 1), zu verneinen sein (bestr.). Es genügt, wenn das Vormundschaftsgericht den Vormund, der die Bestallung nicht zurückgibt, darauf aufmerksam macht, daß er für etwaigen Mißbrauch der Bestallung verantwortlich bleibt. Nötigenfalls kann die Aufhebung — auf Kosten des Vormundes, deren Ersatz allerdings nur im Klagewege gefordert werden kann — öffentlich bekannt gemacht werden.

§ 1894

Den Tod des Vormundes hat dessen Erbe dem Vormundschaftsgericht unverzüglich anzuzeigen[1]).

Den Tod des Gegenvormundes oder eines Mitvormundes hat der Vormund unverzüglich anzuzeigen[2]).

E I 1708 II 1748 M 4, 1201 P 4, 834.

1. Den **Tod des Vormundes** (auch bei Todeserklärung) haben die **Erben** ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121) **dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen,** damit dieses in der Lage ist, einen neuen Vormund zu bestellen und für die Zwischenzeit die im Interesse des Mündels erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Eine Pflicht, die von dem Vormunde begonnenen Geschäfte, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, bis zur Möglichkeit

des Eingreifens des Vormundschaftsgerichts fortzuführen, ist — abweichend von der für den Auftrag usw. in §§ 673, 727, 1424 Abs 2 und 2218 getroffenen Bestimmung — ihnen nicht auferlegt. Wohl aber ist zu verlangen, daß die Erben, was aus ihrer Pflicht zur Herausgabe folgt, für die einstweilige Sicherung des Mündelvermögens sorgen (vgl. M 4, 1202). Über die Anzeigepflicht im allgemeinen vgl. § 1774 A 1.

2. Entsprechend der Bestimmung des Abs 2 ist nach § 1799 Abs 1 Satz 2 auch der Gegenvormund im Falle des Todes des Vormundes oder eines Mitvormundes verpflichtet, hiervon Anzeige zu machen. Im Falle des **Todes des Gegenvormundes oder Mitvormundes** sind außer dem Vormunde auch die Erben gemäß § 1895 zur Anzeige verbunden.

§ 1895

Die Vorschriften der §§ 1885 bis 1889, 1893, 1894 finden auf den Gegenvormund[1]) entsprechende Anwendung.

E I 1710, 1711 II 1750 M 4, 1202 P 4, 834.

1. Wie die Bestimmungen über Berufung und Bestellung des Vormundes (§ 1792 Abs 4) finden auch die Bestimmungen über Beendigung des Amtes (§§ 1885—89, 1893) auf den **Gegenvormund** entsprechende Anwendung. Wegen der Anzeigepflicht s. § 1894 A 1 u. 2.

Zweiter Titel

Vormundschaft über Volljährige

§ 1896

Ein Volljähriger erhält einen Vormund, wenn er entmündigt ist[1])[2]).

E I 1726 II 1771 M 4, 1227 P 4, 839.

1. Die **Vormundschaft über einen Volljährigen** setzt voraus, daß dieser entweder (wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht, § 6) entmündigt oder auf Grund des Entmündigungsantrags nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt, somit entweder geschäftsunfähig — wie dies bei den Geisteskranken der Fall ist — oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§ 114). Damit ist eine feste Grenze zwischen Vormundschaft und Pflegschaft gezogen. Solange ein Entmündigungsverfahren nicht wenigstens beantragt ist, kann der Geisteskranke nicht einen Vormund, sondern nach § 1910 nur einen Pfleger erhalten. Die Entmündigung wird wirksam mit Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten, bei Entmündigung wegen Geisteskrankheit mit Zustellung des Beschlusses an denjenigen gesetzlichen Vertreter, dem die Sorge für die Person zusteht, oder wenn es an einem solchen fehlt, mit Bestellung des Vormundes (§§ 661, 683 Abs 2), der somit vor Wirksamkeit des Beschlusses bestellt werden muß. Voraussetzung ist aber auch in diesem Falle, daß ein Entmündigungsbeschluß vorliegt. Ohne diese Voraussetzung würde die Vormundschaft nichtig sein. Entmündigt werden kann übrigens auch ein Minderjähriger, wodurch die Möglichkeit geschaffen ist, daß sogleich nach Beendigung der Altersvormundschaft sich die Vormundschaft wegen Geisteskrankheit anschließt. Über das Vorhandensein der Voraussetzungen der Entmündigung und der Voraussetzungen der Wiederaufhebung hat nicht das Vormundschaftsgericht, sondern das Amtsgericht in dem durch §§ 645 ff. ZPO geregelten Verfahren zu befinden. Der die Entmündigung aussprechende oder den Antrag auf Wiederaufhebung ablehnende Beschluß kann binnen einem Monat durch Klage angefochten werden. Wird die Entmündigung infolge der Anfechtungsklage aufgehoben, so hat dies auf die Wirksamkeit der bis zu diesem Zeitpunkte von dem Vormund oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluß, § 115. Die Entmündigung, die rechtskräftig gewordene Wiederaufhebung und eine jede auf die Anfechtungsklage erlassene Entscheidung ist dem Vormundschaftsgericht mitzuteilen (§§ 660, 674, 678, 679 Abs 4, 683 Abs 2, 684 Abs 4, 686 Abs 4).

2. Die rechtskräftige Aufhebung der Entmündigung hat, da nur die Entmündigung die Vormundschaft rechtfertigt, die **Beendigung** der Vormundschaft ohne weiteres zur Folge.

§ 1897

Auf die Vormundschaft über einen Volljährigen finden die für die Vormundschaft über einen Minderjährigen geltenden Vorschriften Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1898 bis 1908 ein anderes ergibt[1]).

E I 1728 II 1773 M 4, 1235 P 4, 848.

1. **Die Abweichungen von den Bestimmungen über die Altersvormundschaft** bestehen hauptsächlich in folgendem: a) Dem Vater und der ehelichen Mutter des Mündels steht, da sich der Volljährige nicht mehr in elterlicher Gewalt befindet, ein Bestimmungsrecht weder hinsichtlich der Person des Vormundes (Gegenvormundes) noch hinsichtlich der Einsetzung eines Familienrats oder der Mitgliedschaft zum Familienrat zu, §§ 1898, 1905. Anderseits treten sie, ohne daß sie die elterliche Gewalt besessen zu haben brauchen, in die Reihe der berufenen Vormünder ein und zwar mit dem Vorrang vor den Großeltern und regelmäßig mit den Rechten eines befreiten Vormundes, §§ 1899, 1903 und 1904. Dies gilt jedoch nicht für die vorläufige Vormundschaft, auf welche die Vorschriften über die Berufung zur Vormundschaft keine Anwendung finden, § 1907. b) Eine gesetzliche Vormundschaft über Volljährige gibt es nicht, Art 136 EG. c) Mit Rücksicht darauf, daß der volljährige oder für volljährig erklärte Mann verheiratet sein kann, ist vorgesehen, daß ebenso wie für eine Ehefrau der Mann (vgl. § 1778 Abs 3) auch für den Mann die Ehefrau an erster Stelle zum Vormunde bestellt werden darf, wozu die Ehefrau der Zustimmung des Mannes nicht bedarf, § 1900. d) Der volljährige Mündel ist der Regel nach nicht mehr erziehungsbedürftig, was in § 1901 Abs 1 berücksichtigt ist. e) Bei einem volljährigen Mündel kann der Fall vorkommen, daß den Kindern eine Ausstattung zu gewähren ist, wozu in § 1902 Abs 1 die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erfordert wird.

§ 1898

Der Vater und die Mutter des Mündels sind nicht berechtigt, einen Vormund zu benennen oder Jemand von der Vormundschaft auszuschließen[1]).

E I 1729 Abs 6 II 1774 M 4, 1238 P 4, 849.

1. Diese Befugnisse stehen dem **Vater** und der **ehelichen Mutter** nach §§ 1777, 1782 nur zu kraft des Rechts der elterlichen Gewalt, der der Volljährige nicht mehr unterworfen ist (vgl. § 1897 A 1 a).

§ 1899

Vor den Großvätern ist der Vater und nach ihm die eheliche Mutter des Mündels als Vormund berufen[1]).

Die Eltern sind nicht berufen, wenn der Mündel von einem andern als dem Ehegatten seines Vaters oder seiner Mutter an Kindes Statt angenommen ist[2]).

Stammt der Mündel aus einer nichtigen Ehe, so ist der Vater im Falle des § 1701, die Mutter im Falle des § 1702 nicht berufen[3]).

E I 1729 Abs 1—3 II 1775 M 4, 1236 P 4, 849.

1. **Die Berufung der Eltern** beruht nicht auf dem früheren Bestehen der elterlichen Gewalt, sondern auf dem Verwandtschaftsverhältnisse. Es geht den Eltern nicht etwa dadurch verloren, daß sie während der Minderjährigkeit des Kindes die elterliche Gewalt verwirkt haben.

2. Haben die Eltern ihr Kind von einem Dritten, der nicht der Ehegatte des leiblichen Elternteils ist, **an Kindes Statt** annehmen lassen, so verlieren sie das Anrecht auf die Vormundschaft. Durch die Kindesannahme werden die Beziehungen zwischen den leiblichen Eltern und dem Kinde in solchem Maße gelockert, daß den Eltern ein Rechtsanspruch darauf, Vormund zu werden, nicht mehr zuerkannt werden kann. Auch die leiblichen Großväter haben in diesem Falle nicht die Rechte eines berufenen Vormundes. Über die Einwirkung des Umstandes, daß der Vater oder die eheliche Mutter des Mündels an Kindes Statt angenommen ist, auf das Recht des Großvaters s. § 1776 A 3.

3. Im Falle der **nichtigen Ehe** hat nach § 1701 der Vater, der bei Eingehung der Ehe die Nichtigkeit gekannt hat, keine Verwandtschaftsrechte und ist deshalb als Vormund nicht berufen. Die schlechtgläubige Mutter steht nach § 1702 bei Wegfall der elterlichen Gewalt des Vaters der unehelichen Mutter gleich, sodaß sie nur das Recht der Sorge für die Person des Kindes, nicht aber einen Anspruch darauf hat, Vormund zu werden. Doch

darf sie gleich der unehelichen Mutter (§ 1900 Abs 3) vor den Großvätern zum Vormunde bestellt werden. Dadurch, daß der eine Elternteil die Nichtigkeit der Ehe gekannt hat, wird, da die hieraus sich ergebende Verkürzung der Rechte nur den Schlechtgläubigen für seine Person trifft (vgl. § 1701 A 4), die Berufung des Großvaters nicht ausgeschlossen.

§ 1900

Eine Ehefrau darf zum Vormund ihres Mannes auch ohne dessen Zustimmung bestellt werden[1]).

Der Ehegatte des Mündels darf vor den Eltern und den Großvätern,[1]) die eheliche Mutter darf im Falle des § 1702 vor den Großvätern zum Vormunde bestellt werden.

Die uneheliche Mutter darf vor dem Großvater zum Vormunde bestellt werden[2]).

E I 1729 Abs 4 u. 5 II 1776 M 4, 1237 P 4, 849.

1. Die **Vormundschaft des Ehegatten.** Der Ehemann kann zur Übernahme der Vormundschaft durch seine Frau seine **Zustimmung,** wenn es sich um seine eigene Bevormundung oder die Bevormundung seines Kindes (s. § 1783) handelt, nicht verweigern und bedarf es deshalb in diesen Fällen nicht erst seiner Zustimmung. Daß die Ehefrau und nicht ein Dritter zum Vormund des Mannes bestellt wird, entspricht regelmäßig so sehr der Natur des ehelichen Verhältnisses, daß es in § 1900 — im Einklang mit der in § 1778 Abs 3 für den Ehemann getroffenen Bestimmung — für zulässig erklärt ist, die Ehefrau v o r d e n b e r u f e n e n V o r m ü n d e r n zu bestellen. Die Ehefrau übt als Vormünderin die nach dem ehelichen Güterrecht ihrem Manne zustehenden Rechte aus. Zu beachten ist hierbei, daß es sich bei Ausübung dieser Rechte nicht um die Verwaltung des Mündelvermögens handelt, sodaß die Vorschriften über die vom Gegenvormund oder dem Vormundschaftsgericht zu erteilende Genehmigung nicht zur Anwendung kommen. Die nach ehelichem Güterrecht erforderliche Zustimmung des Mannes kann die Ehefrau als Vormünderin gemäß § 1409 Satz 2 sich selbst erteilen (KG in RJA 4, 76). Nimmt die Ehefrau ein einer solchen Zustimmung bedürfendes Rechtsgeschäft vor, so ist hierin ohne weiteres die Erteilung dieser Zustimmung enthalten. Liegt der Fall so, daß die Ausübung des Rechts im Interesse des Ehemanns geboten ist, während die Frau ein entgegengesetztes Interesse hat, so ist für diese Angelegenheit unter Beschränkung der Vertretungsbefugnis der Frau ein Pfleger zu bestellen, §§ 1796, 1909. — Wird der Ehemann zum Vormund seiner Frau bestellt, so werden seine Rechte als Ehemann, insbesondere auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts, hierdurch nicht berührt. Die zu Verfügungen des Mannes erforderliche Zustimmung der Frau kann er, da § 1409 Satz 2 für den Ehemann nicht gilt, sich nicht selbst erteilen.

2. Diese Vorschriften über den **Vorrang der Mutter,** welche die Nichtigkeit der Ehe gekannt hat (vgl. § 1899 A 3) und der unehelichen Mutter stehen im Einklang mit der in § 1778 Abs 3 für die uneheliche Mutter getroffenen Bestimmung.

§ 1901

Der Vormund hat für die Person des Mündels[1]) nur insoweit zu sorgen, als der Zweck der Vormundschaft es erfordert.

Steht eine Ehefrau unter Vormundschaft, so tritt die im § 1633 bestimmte Beschränkung nicht ein[2]).

E I 1730 II 1777 M 4, 1238 P 4, 849.

1. Der **Fürsorge des Vormundes für die Person des Mündels** sind dadurch gewisse Grenzen gezogen, daß der Mündel erwachsen ist. Sie beschränkt sich deshalb wesentlich auf die Pflege, Heilung und Sicherung des Mündels, während ihm sonst je nach der Beschaffenheit seines Geisteszustandes möglichst Freiheit des Handelns zu lassen ist. Innerhalb dieser Grenzen, die nötigenfalls von dem Vormundschaftsgericht näher festzusetzen sind, hat der Vormund die gleichen Befugnisse wie bei der Vormundschaft über Minderjährige. Insbesondere darf der Vormund unter Anwendung von Zwang geeignetenfalls den Mündel in eine Irrenanstalt oder eine Trinkerheilanstalt (KG in OLG 14, 272 u. 273) unterbringen (vgl. hinsichtlich der letzteren Maßregel den nicht veröffentlichten Erlaß des Pr. JM v. 27. 6. 00, der dem Vormundschaftsgericht zur Pflicht macht, die Unterbringung des Trunksüchtigen in eine Trinkerheilanstalt in Erwägung zu ziehen und darüber an den Landgerichtspräsidenten zu berichten). Auch eine erzieherische Einwirkung auf

den Mündel ist keineswegs ausgeschlossen. Kraft der Fürsorge für die Person des Mündels ist der Vormund ferner verpflichtet, wenn die Voraussetzungen der Entmündigung weggefallen sind, die Wiederaufhebung zu beantragen. Will der Mündel die Wiederaufhebung selbst betreiben oder den Entmündigungsbeschluß durch Klage anfechten, so darf ihm der Vormund die hierzu erforderlichen Mittel, falls die Rechtsverfolgung nicht aussichtslos erscheint, nicht verweigern. Über die Vertretung des Mündels in persönlichen Angelegenheiten vgl. § 1821 A 3 und § 1822 Nr 6, 7. Zur Anstellung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens ist der Vormund nicht befugt, § 612 Abs 2 ZPO.

2. Wird eine **entmündigte Ehefrau bevormundet**, so ist die Fürsorge für ihre Person von solcher Wichtigkeit, daß der Vormund nicht, wie nach § 1633 der Gewalthaber der minderjährigen verheirateten Tochter, auf die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten beschränkt ist. Bei Ausübung des Rechts der Sorge für die Person (vgl. A 1) hat sich der Vormund eines jeden Eingriffs in die dem Ehemann vorbehaltenen Rechte zu enthalten, falls nicht etwa das Verlangen des Mannes als ein Mißbrauch seines Rechts sich darstellt. Darüber, daß die nach ehelichem Güterrecht erforderliche Zustimmung der Ehefrau der zum Vormunde bestellte Mann sich nicht selbst erteilen kann, s. § 1900 A 1 a. E.

§ 1902

Der Vormund kann eine Ausstattung aus dem Vermögen des Mündels nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts versprechen oder gewähren[1]).

Zu einem Miet- oder Pachtvertrage sowie zu einem andern Vertrage, durch den der Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn das Vertragsverhältnis länger als vier Jahre dauern soll[2]). Die Vorschrift des § 1822 Nr. 4 bleibt unberührt.

E I 1731 u. 1732 II 1778 M 4, 1239, 1240 P 4, 849.

1. Zu den genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften kommt für die Vormundschaft über Volljährige die **Gewährung oder das Versprechen einer Ausstattung** hinzu. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wird hier gefordert, weil Ausstattung und Schenkung sich sehr nahe berühren. Eine Schenkung liegt regelmäßig vor, soweit die Ausstattung — zu der im Sinne des § 1902 auch die freiwillige Aussteuer zu rechnen ist — das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Maß übersteigt, § 1624 A 2 und 3. Eine Schenkung ist es ferner, wenn die Ausstattung nicht dem Kinde, sondern einem entfernteren Abkömmling oder andern Personen zuteil wird, sofern nicht etwa die Zuwendung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht. Soweit das Rechtsgeschäft sich als Schenkung darstellt, kann es auch durch vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht gültig werden. Ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bereits zu dem Versprechen der Ausstattung erteilt, so ist, wenn in diesem Vertrage die als Ausstattung zu gewährenden Gegenstände bestimmt bezeichnet sind, eine erneute Genehmigung zur Gewährung der Ausstattung nicht erforderlich.

2. Die Vorschrift des § 1822 Nr 5, daß der Mündel zu **wiederkehrenden Leistungen** auf längere Zeit als ein Jahr nach Vollendung des 21. Lebensjahrs nur durch vormundschaftsgerichtlich genehmigten Vertrag verpflichtet werden kann, mußte naturgemäß, was die Dauer der Verpflichtung betrifft, bei der Anwendung auf volljährige Mündel eine Änderung erfahren. Eine Verpflichtung für einen Zeitraum von mehr als 4 Jahren ist hier als gleichwertig angesehen.

§ 1903

Wird der Vater des Mündels[2]) zum Vormunde bestellt, so unterbleibt die Bestellung eines Gegenvormundes. Dem Vater stehen die Befreiungen zu, die nach den §§ 1852 bis 1854 angeordnet werden können. Das Vormundschaftsgericht kann die Befreiungen außer Kraft setzen, wenn sie das Interesse des Mündels gefährden.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Vater im Falle der Minderjährigkeit des Mündels zur Vermögensverwaltung nicht berechtigt sein würde[1]).

E I 1733 Abs 1 u. 3 II 1779 M 4, 1240 P 4, 850.

1. Der zum Vormund bestellte **Vater des Mündels** hat die Rechtsstellung eines befreiten Vormundes, vorausgesetzt, daß er die Rechte der Vaterschaft hat (s. hierüber

§ 1899 A 1—3) und daß ihm, wenn der Mündel noch jetzt minderjährig sein würde, zwar nicht die elterliche Gewalt, wohl aber das Recht der Sorge für das Vermögen einschließlich des Vertretungsrechtes — was bei der Vormundschaft über Volljährige das wichtigere Stück der elterlichen Gewalt ist (§ 1901) — zustehen würde. Die Stellung eines befreiten Vormundes kommt ihm hiernach nicht zu, wenn er während der Minderjährigkeit des Kindes die elterliche Gewalt verwirkt (§§ 1680, 1771 Abs 2) oder das Recht der Sorge für das Vermögen durch Entziehung (§§ 1666 Abs 2, 1670, 1760) oder Konkurseröffnung (§ 1647) verloren hat, oder, sofern die elterliche Gewalt über die Volljährigkeit hinaus fortgedauert hätte, durch Verwirkung oder Konkurseröffnung verloren haben würde (teilweise abweichend die Meinungen der andern Schriftsteller). Darauf kann es nicht ankommen, ob möglicherweise, was nicht mit Sicherheit festzustellen ist, bei Fortdauer der elterlichen Gewalt die Vermögensverwaltung dem Vater gemäß §§ 1647 Abs 2, 1671 wieder übertragen worden wäre. Anderseits muß unberücksichtigt bleiben, daß eine Entziehung der Vermögensverwaltung noch nach der Zeit der Volljährigkeit hätte erfolgen können, in welchem Falle übrigens regelmäßig Anlaß zur Außerkraftsetzung der Befreiungen (Abs 1) vorliegen wird. Die Fähigkeit zur Ausübung der einen Teil der elterlichen Gewalt bildenden Vermögensverwaltung (§§ 1676, 1677) muß zur Zeit der Bestellung zum Vormunde vorhanden sein. Die Berechtigung zur Vermögensverwaltung und damit die Stellung als befreiter Vormund ist endlich hinsichtlich des dem Mündel von einem Dritten zugewendeten Vermögens ausgeschlossen, dessen Verwaltung durch Anordnung des Dritten dem Vater entzogen ist (§ 1638). Verliert der Vater nach der Bestellung zum Vormunde das Recht der Vermögensverwaltung (Verlust der Fähigkeit nach §§ 1676, 1677, Konkurseröffnung nach § 1647), so hört die befreite Stellung damit ohne weiteres auf.

2. Dem Vater gebühren die sämtlichen **in den §§ 1852—54 aufgeführten Befreiungen**, nämlich die Befreiung von der Bestellung eines Gegenvormundes und damit die Befreiung von der sonst erforderlichen Genehmigung des Gegenvormundes (§§ 1809, 1810, 1812), die Befreiung von der Hinterlegungspflicht (§§ 1814, 1818), von der Sperrpflicht (§ 1816) und von der Pflicht zur Rechnungslegung während der Dauer der Vormundschaft (§ 1840). Die nach § 1857 dem Vormundschaftsgericht zustehende Befugnis zur Außerkraftsetzung dieser Befreiungen hat auch gegenüber dem Vater als befreitem Vormund Geltung.

§ 1904

Ist die eheliche Mutter des Mündels zum Vormunde bestellt, so gilt für sie das Gleiche wie nach § 1903 für den Vater. Der Mutter ist jedoch ein Gegenvormund zu bestellen, wenn sie die Bestellung beantragt oder wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ihr nach § 1687 Nr. 3 ein Beistand zu bestellen sein würde. Wird ein Gegenvormund bestellt, so stehen der Mutter die im § 1852 bezeichneten Befreiungen nicht zu[1]).

E I 1733 Abs 2 u. 3 II 1780 M 4, 1243 P 4, 850.

1. Die Bestimmungen des § 1903 gelten in gleicher Weise für die **zum Vormunde berufene Mutter des Mündels**, nur mit der Abweichung, daß unter den Voraussetzungen des § 1687 Nr 2 u. 3 (wenn sie selbst darauf anträgt oder wenn das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen im Interesse des Mündels es für nötig erachtet) ihr ein Gegenvormund — der anstelle des im § 1687 vorgesehenen Beistands tritt — mit den dem Gegenvormund zustehenden Verrichtungen zu bestellen ist. § 1687 Nr 1, wonach der Vater berechtigt ist, die Bestellung eines Beistandes anzuordnen, scheidet hier aus, da der Vater kraft elterlicher Gewalt nur über die Bevormundung des minderjährigen Kindes Bestimmung treffen kann. Die auf Antrag der Mutter angeordnete Gegenvormundschaft darf das Vormundschaftsgericht nur mit deren Zustimmung wieder aufheben, während sonst die Aufhebung dem Vormundschaftsgericht jederzeit freisteht (vgl. § 1695). Wird trotz Vorhandenseins der Voraussetzungen des § 1687 Nr 3 die Bestellung eines Gegenvormundes abgelehnt oder wird die Gegenvormundschaft aufgehoben, so sind der Ehegatte, die Verwandten und Verschwägerten des Mündels nach § 57 Nr 5 FGG beschwerdeberechtigt. Die Übertragung der Vermögensverwaltung auf den Gegenvormund (vgl. § 1693) ist unzulässig, da eine solche Verwaltung der Stellung des Gegenvormundes nicht entspricht. Die Rechte eines befreiten Vormundes kommen auch der Mutter nur unter der Voraussetzung zu, daß sie zur Vermögensverwaltung berechtigt sein würde (s. hierüber § 1903 A 1). Diese Berechtigung fehlt ihr auch dann, wenn sie sich wiederverheiratet hat (§ 1697). Dadurch, daß die elterliche Gewalt nicht der Mutter, sondern dem Vater zustehen würde, wird das Recht der Mutter nicht ausgeschlossen, sofern der Vater mit seiner Übergehung einverstanden ist (bestr.).

§ 1905

Ein Familienrat kann nur nach § 1859 Abs. 1 eingesetzt werden[1]).

Der Vater und die Mutter des Mündels sind nicht berechtigt, Anordnungen über die Einsetzung und Aufhebung eines Familienrats oder über die Mitgliedschaft zu treffen[1]).

E I 1736 II 1782 M 4, 1246 P 4, 850; 6, 312.

1. Die Anordnungen hinsichtlich des **Familienrats** (§§ 1858, 1859 Abs 2, 1861, 1863, 1866, 1688) können wie die sonstigen Anordnungen über die Bevormundung von den Eltern nur kraft elterlicher Gewalt, also nur für ein minderjähriges Kind getroffen werden (vgl. § 1897 A 1a). Die Eltern können deshalb auch die Einsetzung eines Familienrats nicht verlangen. Die Einsetzung findet auf Antrag nach § 1859 Abs 1 nur statt, wenn das Vormundschaftsgericht sie im Interesse des Mündels für angemessen erachtet.

§ 1906

Ein Volljähriger, dessen Entmündigung beantragt ist, kann unter vorläufige Vormundschaft gestellt werden, wenn das Vormundschaftsgericht es zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person oder des Vermögens des Volljährigen für erforderlich erachtet[1])[2]).

E I 1737 Abs 1 II 1873 M 4, 1246 P 4, 850.

1. Die **vorläufige Vormundschaft**, die in Ergänzung des vormundschaftlichen Schutzes dem erst zu Entmündigenden eine Sicherung gewähren soll, hat mehr die Natur einer Pflegschaft, ist aber als Vormundschaft gestaltet, weil die Stellung unter vorläufige Vormundschaft die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit auf bürgerlich-rechtlichem Gebiete — nicht auf öffentlich-rechtlichem Gebiete — nach sich zieht (§ 114), während die Einleitung einer Pflegschaft grundsätzlich die Geschäftsfähigkeit unberührt läßt. Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit tritt ein mit der Bekanntmachung der Verfügung an den zu Entmündigenden und, wenn die Entmündigung wegen Geisteskrankheit beantragt ist, mit der Bestellung des Vormundes (§ 52 FGG, vgl. § 1896 A 1). Kommt es hinterher nicht zur Entmündigung oder wird die Entmündigung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben, so hat dies auf die Vertretungsmacht des bestellten Vormundes keinen Einfluß. Sie besteht bis zum Wegfall der vorläufigen Vormundschaft (s. hierüber § 1908 A 1) gerade so fort, als wenn der Mündel bis dahin nur beschränkt geschäftsfähig gewesen wäre (vgl. §§ 115, 114). Die Stellung unter vorläufige Vormundschaft ist zulässig, sobald der Entmündigungsantrag rechtswirksam bei dem Amtsgericht gestellt oder doch durch Nichtablehnung von dem Amtsgericht als rechtswirksam anerkannt ist (anders in letzterer Hinsicht die herrschende Meinung). Ohne diese Voraussetzung würde die Vormundschaft nichtig sein (a. M. insbesondere Fuchs A 5). Darüber, ob die Vormundschaft zur Sicherung des Volljährigen (Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person oder des Vermögens) erforderlich ist, hat dagegen das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu entscheiden, ohne daß dies im Prozeßwege nachgeprüft werden kann. Zulässig ist auch die Einleitung einer vorläufigen Vormundschaft über einen Ausländer, jedoch nur unter den Voraussetzungen des Art 23 Abs 1 EG. Als eine vorläufige Maßregel im Sinne des Art 23 Abs 2 kann die vorläufige Vormundschaft nicht angesehen werden (KGJ 21 A 213). Schon vor Stellung des Entmündigungsantrags kann die Sicherung des zu Entmündigenden dadurch erreicht werden, daß ihm ein Pfleger bestellt wird (s. hierüber § 1910 A 1). Durch das Vorhandensein eines solchen Pflegers wird übrigens die vorläufige Vormundschaft nicht ausgeschlossen. Der nach § 1906 bestellte Vormund steht an sich hinsichtlich der Vertretungsmacht einem andern Vormunde vollständig gleich, er hat jedoch mit Rücksicht darauf, daß die Vormundschaft nur eine vorläufige ist, sich aller weitergehenden Änderungen möglichst zu enthalten. Über die Bestellung eines vorläufigen Pflegers s. § 1909 A 5.

2. **Verfahren.** Das mit der Entmündigung befaßte Amtsgericht hat, sobald es eine Fürsorge für erforderlich hält, dem Vormundschaftsgericht zu diesem Zwecke Mitteilung zu machen (§§ 657, 680 Abs 3 ZPO; vgl. §§ 49, 50 FGG). Auch die Staatsanwaltschaft hat geeignetenfalls die Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft über Geisteskranke oder Geistesschwache in Anregung zu bringen. Die Entscheidung über Einleitung der vorläufigen Vormundschaft ist in die Hände des Vormundschaftsgerichts gelegt, das von Amts wegen vorzugehen hat und auch ohne Mitteilung des Amtsgerichts tätig werden kann. Mit der Prüfung, ob der Entmündigungsantrag begründet ist, hat das Vormundschaftsgericht nur insofern zu tun, als ein Bedürfnis zur Sicherung bei offenbarer Unbegründetheit des Antrags nicht vorhanden ist. Wird die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft abgelehnt, so steht

die Beschwerde nach § 57 Nr 2 FGG allen denjenigen zu, welche zur Stellung des Entmündigungsantrags berechtigt sind (Ehegatte, Verwandte, der für die Person fürsorgeberechtigte gesetzliche Vertreter nach §§ 646, 680 ZPO, im Falle des § 646 auch die Staatsanwaltschaft, im Falle des § 680 nach landesgesetzlichen Vorschriften auch die Gemeinde und der Armenverband). Gegen die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft steht nach §§ 20, 59, 60 Nr 5 FGG jedem, der durch diese Verfügung in seinen Rechten beeinträchtigt wird, insbesondere dem Mündel die sofortige Beschwerde zu, die bei Geisteskranken mit der Bestellung des Vormundes (bestr.) zu laufen beginnt. Die öffentliche Bekanntmachung der Einleitung der vorläufigen Vormundschaft ist zweckmäßig, aber nicht geboten (vgl. § 687 ZPO).

§ 1907

Die Vorschriften über die Berufung zur Vormundschaft gelten nicht für die vorläufige Vormundschaft[1]).

E I 1737 Abs 2 Satz 1 II 1784 M 4, 1250 P 4, 854.

1. Die Vorschrift stimmt überein mit der für die **Pflegschaft** gegebenen Bestimmung des § 1916.

§ 1908

Die vorläufige Vormundschaft endigt[1]) mit der Rücknahme oder der rechtskräftigen Abweisung des Antrags auf Entmündigung.

Erfolgt die Entmündigung, so endigt die vorläufige Vormundschaft, wenn auf Grund der Entmündigung ein Vormund bestellt wird.

Die vorläufige Vormundschaft ist von dem Vormundschaftsgericht aufzuheben, wenn der Mündel des vorläufigen vormundschaftlichen Schutzes nicht mehr bedürftig ist.

E I 1737 Abs 3 II 1785 M 4, 1250 P 4, 850 u. 854.

1. Die **vorläufige Vormundschaft endigt** der Natur der Sache nach ohne weiteres, sobald hinsichtlich der Entmündigung ein endgültiger Zustand eingetreten ist, sei es, daß der Entmündigungsantrag rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen ist, sei es, daß dem Entmündigungsantrage stattgegeben und für den Entmündigten ein ordentlicher Vormund bestellt ist. Der rechtskräftigen Abweisung des Entmündigungsantrags im Sinne des § 1908 Abs 1 ist das auf Anfechtungsklage ergangene, den Entmündigungsbeschluß aufhebende rechtskräftige Urteil gleichzustellen (bestr. — vgl. § 1896 A 2). Hat die Schutzbedürftigkeit sonst aufgehört, so bedarf es zur Beendigung der vorläufigen Vormundschaft — entsprechend dem für die Pflegschaft geltenden Grundsatze des § 1919 — der Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht, welche nach § 52 FGG mit der Bekanntmachung der Verfügung an den Mündel wirksam wird. Bis zu diesem Zeitpunkte bleibt die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Mündels und die Vertretungsmacht des vorläufigen Vormundes bestehen (s. § 1906 A 1). Gegen die Aufhebung findet im gleichen Maße Beschwerde statt wie gegen die Verfügung, durch welche die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft abgelehnt ist (s. § 1906 A 2.) Der bisherige Vormund ist zur Einlegung der Beschwerde nicht berechtigt (KG in RJA 3, 172).

Dritter Titel

Pflegschaft

1. Die Einleitung einer **Pflegschaft** setzt voraus, daß ein besonderes **Fürsorgebedürfnis** vorhanden ist, und zwar hat das Vormundschaftsgericht, falls nicht eine rechtliche Verhinderung des Gewalthabers oder Vormundes (§ 1909) die Pflegschaft nötig macht, jedesmal zu prüfen, ob die in Betracht kommenden Interessen nach pflichtmäßigem Ermessen so erhebliche sind, daß danach die Anordnung einer Pflegschaft angezeigt ist. Die einzelnen Fälle der Pflegschaft stellen sich als eine Ergänzung des elterlichen oder vormundschaftlichen Schutzes (§ 1909) oder als eine Erweiterung des vormundschaftlichen Schutzes dar und zwar als eine Erweiterung im Anschluß an die Altersvormundschaft (Pflegschaft für die Leibesfrucht und für die noch nicht erzeugten Abkömmlinge (§§ 1912 und teilweise 1913), oder in Anschluß an die Vormundschaft über Volljährige (Gebrechlichkeitspflegschaft und Abwesenheitspflegschaft, §§ 1910, 1911). Das Bedürfnis zur Einleitung einer Pflegschaft kann sich auch daraus ergeben, daß der

Beteiligte unbekannt ist (§ 1913). Diese Art der Pflegschaft kann sowohl minderjährige als volljährige Personen, sowohl natürliche als juristische Personen betreffen. Abgesehen von diesem letzteren Fall handelt es sich bei der Pflegschaft stets um die Fürsorge für eine natürliche Person. Es gibt nur Personenpflegschaften, nicht Sach(Real)pflegschaften (a. M. Blume unter 1 der Vorbem, der nicht nur im Falle des § 1914, sondern auch im Falle des § 1912 und bei der Pflegschaft für ungewisse Beteiligte nach § 1913 eine Sachpflegschaft annehmen will). Die in § 1914 zugelassene pflegschaftliche Verwaltung, die dem Zwecke dient, das Sammelvermögen seiner Bestimmung zuzuführen (vgl. § 80 A 1) und die nicht eine Pflegschaft im eigentlichen Sinne, sondern eine Güterpflege (vgl. Vorbem 3) darstellt, hätte daher richtiger an anderer Stelle behandelt werden sollen. Dem Fürsorgebedürfnis entsprechend ist der Wirkungskreis des Pflegers im einzelnen Falle von dem Vormundschaftsgericht zu bestimmen. Die Bestimmung ist in die Bestallung (vgl. § 1791) aufzunehmen. Der Dritte darf sich — was von der sonstigen Bedeutung der Bestallung abweicht — auf die hierüber in der Bestallung gemachte Angabe verlassen. Zwischen der Pflegschaft und Vormundschaft besteht hiernach wesentlich der Unterschied, daß der Vormund nach dem Gesetze — soweit nicht sein Wirkungskreis durch besondere Anordnung eingeschränkt ist (§§ 1796, 1801) — allgemein mit der Fürsorge für den Mündel und seiner Vertretung betraut ist, während sich der Umfang der Fürsorge und der Vertretungsmacht des Pflegers lediglich nach der vom Vormundschaftsgericht ihm zugewiesenen Stellung richtet. In Zusammenhang hiermit steht, daß der Mündel, weil geschäftsunfähig oder nur beschränkt geschäftsfähig, einer allgemeinen Vertretung bedarf, was bei dem Pflegling nicht in gleichem Maße der Fall ist. Wennschon der Pflegschaft des § 1910 (vgl. § 1910 A 1) auch Geisteskranke unterstellt werden dürfen, so hat doch grundsätzlich die Einleitung der Pflegschaft auf die Geschäftsfähigkeit und Prozeßfähigkeit des Pfleglings keinen Einfluß. Hiervon findet nur die eine Ausnahme statt, daß der Pflegling, wenn einmal der Pfleger in einem Rechtsstreit als sein Vertreter aufgetreten ist, für diesen Prozeß (in dem in § 81 ZPO bestimmten Umfange) die Fähigkeit verliert, in die Prozeßführung einzugreifen. Er steht für diesen Prozeß einer nicht prozeßfähigen Partei gleich, so daß der Pfleger die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat (§ 53 ZPO — vgl. indes hinsichtlich der Eidesleistung §§ 473 Abs 2, 477 Abs 1, 426 Abs 3 ZPO).

2. Wird die Anordnung der Pflegschaft abgelehnt, oder die Pflegschaft aufgehoben, so steht das Recht der **Beschwerde** nach § 57 Nr 3 FGG (vgl. § 1911 A 2, § 1913 A 1) auch dem Dritten zu, der an dem Bestehen der Pflegschaft ein rechtliches Interesse hat. Beschwerdeberechtigt sind außerdem die Verwandten und Verschwägerten sowie der Ehemann des Pfleglings, jedoch nur bei einer Pflegschaft aus §§ 1909 und 1910 und bei der Pflegschaft aus § 1910 nur unter der besonderen Voraussetzung, daß eine Verständigung mit dem Pflegling nicht möglich ist, eine Voraussetzung, die übrigens auch bei Geisteskrankheit des Pfleglings (vgl. § 1910 A 3) als vorliegend anzunehmen ist.

3. Was das **Anwendungsgebiet** der in diesem Abschnitt über die Pflegschaft getroffenen Bestimmungen betrifft, so gelten die Bestimmungen auch für die im Erbrecht (§§ 1960—62) behandelte Nachlaßpflegschaft, welche die Besonderheit hat, daß an Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlaßgericht tritt. Die Pflegschaft dient der Fürsorge für den unbekannten Erben, nicht der Fürsorge für den Nachlaß. Verschiedenartig von der Pflegschaft sind die Fälle, in denen zu Prozeßzwecken oder zu Vollstreckungszwecken, um dem Berechtigten die Rechtsverfolgung zu ermöglichen, ein Vertreter bestellt wird (s. §§ 57, 58, 494 Abs 2, 668, 679 Abs 3, 686 Abs 2 ZPO, § 29 BGB, § 30 GewGG in der Fassung vom 29. 9. 01, § 16 KfmGG v. 6. 7. 04, § 10 Abs 4 V. v. 22. 11. 00 betr. das Verfahren vor den Schiedsgerichten für Arbeiterversicherung, §§ 779 Abs 2, 787 ZPO, §§ 6, 7, 135, 157 Abs 2 ZVG). Die Vorschriften über die Pflegschaft finden hier keine Anwendung. Als ein Vertreter zu Vollstreckungszwecken ist im Grunde auch der Konkursverwalter anzusehen, dessen Rechte und Obliegenheiten durch die KO bestimmt werden. Um eine solche Vertretung handelt es sich auch bei der Güterpflege, die von dem Vormundschaftsgericht nach den für die Pflegschrift gegebenen Bestimmungen einzuleiten ist, sobald im Strafverfahren auf Grund der §§ 332 ff. StPO (vgl. auch § 480 das.) — nicht bloß auf Grund des § 326 zur Deckung der Staatskasse — die Beschlagnahme des Vermögens des Angeschuldigten ausgesprochen ist, wodurch dieser (mit der ersten Bekanntmachung des Beschlusses im Reichsanzeiger) die Befugnis verliert, über das beschlagnahmte Vermögen unter Lebenden zu verfügen. Diese Pflegschaft hat in erster Linie das Wohl des Staates, nicht des Angeschuldigten im Auge. Aus der besonderen Natur dieser Pflegschaft ist zu folgern, daß die Bestimmungen über die Berufung zur Pflegschaft keine Anwendung finden können. Durch das Bestehen einer Abwesenheitspflegschaft wird übrigens die Einleitung der Güterpflege, die einem wesentlich andern Zwecke dient, nicht ausgeschlossen. Der Güterpflege verwandt ist die auf Antrag (§§ 1981, 2062) einzuleitende Nachlaßverwaltung, die als eine Nachlaßpflegschaft besonderer Art ausgestaltet ist und deshalb den Vorschriften über die Pflegschaft untersteht; dem Nachlaßverwalter fällt

die Aufgabe zu, die geordnete Befriedigung der Nachlaßgläubiger herbeizuführen. Ein Zwang zur Übernahme des Amtes findet nicht statt, § 1981 Abs 3. — Die gleiche Stellung wie der Pfleger hat der der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt beigeordnete Beistand, soweit ihm die Vermögensverwaltung übertragen ist, § 1693. Ähnliche Obliegenheiten wie der Pfleger hat der Fürsorger betreffs des zum Zwecke der Fürsorgeerziehung in einer Familie untergebrachten Zöglings (vgl. § 11 Pr. G. v. 2. 7. 00). Verschieden ist trotz mancher Ähnlichkeiten die Stellung des Testamentsvollstreckers (§§ 2197 ff.) und des Treuhänders im Hypothekenrecht (§§ 1141 Abs 2, 1189 BGB, § 29 ff. HypBankG v. 13. 7. 99).

§ 1909

Wer unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, erhält für Angelegenheiten, an deren Besorgung der Gewalthaber oder der Vormund verhindert ist,[1] [2] einen Pfleger. Er erhält insbesondere einen Pfleger zur Verwaltung des Vermögens, das er von Todeswegen erwirbt oder das ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß dem Gewalthaber oder dem Vormunde die Verwaltung nicht zustehen soll[3]).

Tritt das Bedürfnis einer Pflegschaft ein, so hat der Gewalthaber oder der Vormund dem Vormundschaftsgericht unverzüglich Anzeige zu machen[4]).

Die Pflegschaft ist auch dann anzuordnen, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Vormundschaft vorliegen, ein Vormund aber noch nicht bestellt ist[5]).

E I 1738 II 1786 M 4, 1043 u. 1252 P 4, 855; 6, 312.

1. Voraussetzung der Pflegschaft ist, daß der **Gewalthaber oder Vormund an der Besorgung der Angelegenheiten des Kindes oder Mündels** (ganz oder teilweise) **verhindert** ist. Die Verhinderung kann eine tatsächliche sein — wie infolge längerer Krankheit, Abwesenheit, Haft oder Geschäftsungewandtheit (vgl. § 1665 A 1) — oder auf rechtlichen Gründen beruhen (Vertretungsbeschränkung nach §§ 181, 1795, 1796, 1630 Abs 2, Beschränkung der Rechte des Gewalthabers nach §§ 1638, 1647, 1666, 1667, 1670, 1686 oder des Vormundes nach § 1801). Notwendig wird z. B. eine Pflegschaft gemäß § 181, wenn ein Anspruch des Kindes gegen den Gewalthaber, wie der Anspruch auf Unterhaltsgewährung, geltend gemacht werden soll, wobei das Vormundschaftsgericht nicht etwa zu prüfen hat, ob der Anspruch begründet ist (vgl. § 1837 A 1). Nur bei offenbarer Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung kann die Bestellung eines Pflegers abgelehnt werden (a. M. anscheinend Staudinger A 2β letzter Abs, Planck A 2 c). Der Bestellung eines Pflegers bedarf es natürlich nicht, wenn bei tatsächlicher Verhinderung des Vaters die elterliche Gewalt gemäß § 1685 von der Mutter ausgeübt wird oder wenn auf Grund der §§ 1665, 1672, 1844 Abs 2, 1846 das Vormundschaftsgericht selbst die erforderlichen Handlungen vornimmt. Auch in dem Verfahren aus §§ 1635, 1636, 1666 ff. ist die Bestellung eines Pflegers nicht unbedingt geboten (vgl. Vorbem 4 vor § 1616). Es steht im Ermessen des Vormundschaftsgerichts, ob es sich der Hülfe eines Pflegers bedienen will. Ein Anlaß zur Bestellung eines Pflegers ist übrigens immer erst dann gegeben, wenn eine bestimmte Angelegenheit für das Kind oder den Mündel zu besorgen ist. Bloß zu dem Zwecke, daß der Pfleger darauf Acht gibt, ob etwa ein Bedürfnis, für den Pflegling in Tätigkeit zu treten, später sich ergeben wird, kann eine Pflegschaft nicht angeordnet werden. Eine derartige bloß vorsorgliche Pflegschaft (Vigilanzpflegschaft) entspricht nicht dem Gesetze (KG in OLG 7, 127). In der Auswahl des Pflegers hat das Vormundschaftsgericht freie Hand, ohne an die Vorschriften über Berufung zur Vormundschaft gebunden zu sein, § 1916. Es steht auch nichts im Wege, daß der Gegenvormund als Pfleger bestellt wird. Die französische Einrichtung, wonach der Gegenvormund auch ohne solche Bestellung den Vormund im Falle seiner Verhinderung vertritt, ist in das BGB nicht übergegangen.

2. Nur **an Stelle des Vormundes, nicht des Gegenvormundes** wird ein Pfleger bestellt. Bei dauernder Verhinderung des Gegenvormundes wird dessen Entlassung und die Bestellung eines neuen Gegenvormundes nötig, § 1886. Bei vorübergehender Verhinderung wird regelmäßig ohne die Neubestellung eines Gegenvormundes auszukommen sein. Die für gewisse Rechtsgeschäfte vorgeschriebene Genehmigung des Gegenvormundes wird durch die des Vormundschaftsgerichts ersetzt (§§ 1809, 1810, 1812) — Ist der Pfleger verhindert,

so muß für die Dauer der Verhinderung Ersatz durch Bestellung eines andern Pflegers (Unterpflegers) geschaffen werden.

3. Ein besonderer Fall der rechtlichen Verhinderung ist es, wenn der **Dritte, der dem Kinde oder dem Mündel unentgeltlich Vermögen zuwendet,** die **Verwaltung des Gewalthabers oder Vormundes ausgeschlossen** hat. Daß eine solche Anordnung die Unfähigkeit des Gewalthabers zur Verwaltung des Vermögens zur Folge hat, ist in § 1638 bestimmt. Hinsichtlich des Vormundes kann das Gleiche nicht angenommen werden, da der Umfang seiner Vertretungsmacht nur vom Vormundschaftsgericht eingeschränkt werden kann. Die Unfähigkeit tritt hier erst mit der Bestellung des Pflegers ein (vgl. § 1794 A 1). Die Anordnung über Ausschließung der Verwaltung muß, damit sie wirksam ist, *bei* der Zuwendung erfolgt sein (vgl. § 1638 A 2), wodurch natürlich nicht ausgeschlossen ist, daß die Anordnung schon vor der Zuwendung getroffen werden kann, sofern nur die Zuwendung in Verfolg und in Aufrechterhaltung dieser Anordnung vorgenommen wird. Dem Vormundschaftsgericht steht — was bezüglich der Zuwendungen an den Gewalthaber schon aus § 1638 zu entnehmen ist — nicht das Recht zu, die Ausschließung der Verwaltung wegen Gefährdung der Interessen des Pfleglings (vgl. § 1803 Abs 2) außer Kraft zu setzen, da in der Anordnung einer Pflegschaft eine solche Gefährdung nicht erblickt werden kann. Dagegen ist das Vormundschaftsgericht, wenn der Dritte gemäß § 1917 bei der Zuwendung für die Verwaltung des Vermögens einen Pfleger *benannt* oder diesem die in den §§ 1852—54 zugelassenen *Befreiungen* zugewandt hat, hieran nicht unbedingt gebunden. Der berufene Pfleger kann, wenn seine Bestellung das Interesse des Pfleglings gefährden würde, nach § 1778 Abs 1 übergangen werden (a. M. Blume § 1917 A 1, der nicht die Bestimmung des § 1778, sondern die des § 1917 Abs 2 Satz 2 für anwendbar hält) und die wegen der Befreiung getroffenen Anordnungen können jederzeit, sobald die Gefährdung sich herausstellt — bei Lebzeiten des Dritten allerdings nur unter den Voraussetzungen des § 1917 Abs 3 — außer Kraft gesetzt werden. Hinsichtlich der Anordnungen des Dritten über die Art der Verwaltung kommen die Bestimmungen der §§ 1639, 1803 zur Anwendung. Was das Recht der Entlassung betrifft, so genießt der von dem Dritten benannte Pfleger keinen Vorzug vor einem andern Pfleger. Er kann ebenso wie dieser aus den Gründen der §§ 1886—1889 entlassen werden. Die Bestellung eines Pflegers wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß unter Entziehung des Verwaltungsrechts des Gewalthabers ein Testamentsvollstrecker ernannt ist (RJA 10, 102).

4. Die **Anzeige** ist unverzüglich d. i. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs 1) zu machen. Kann es zweifelhaft sein, ob die Bestellung eines Pflegers geboten ist, so hat der Anzeigepflichtige die Entscheidung dem Vormundschaftsgericht zu überlassen. Er darf die Anzeige nicht deshalb unterlassen, weil er den Fall der Pflegschaft nicht für gegeben hält. Ist der nach § 1909 bestellte Pfleger verhindert (vgl. A 2), so liegt ihm die Anzeigepflicht ob, §§ 1915, 1909 Abs 2. Daneben besteht die Anzeigepflicht des Gegenvormundes (§ 1799), des Beistandes (§§ 1693, 1694) und des Gemeindewaisenrats (§ 49 FGG). Ist infolge eines gerichtlichen Verfahrens die Anordnung einer Pflegschaft notwendig geworden, so hat das Gericht (Prozeßgericht, Nachlaßgericht, Vormundschaftsgericht) das zuständige Vormundschaftsgericht zu benachrichtigen (§ 50 FGG).

5. Durch die Bestimmung des Abs 3 ist — was sonst zweifelhaft sein könnte — gestattet, daß **an Stelle des Vormundes vorläufig ein Pfleger bestellt wird.** Ein Bedürfnis hierzu kann sich ergeben, wenn die Bestellung eines Vormundes aus besonderen Gründen (Schwierigkeit, einen geeigneten Vormund zu finden, Weigerung des Vormundes, Prüfung, ob ein berufener Vormund vorhanden ist) sich verzögert oder wenn eine Angelegenheit schleunigst erledigt werden muß. Liegen solche Gründe vor, so ist es auch in den Fällen einer vorläufigen Vormundschaft (§ 1906) nicht unzulässig, an Stelle des Vormundes vorläufig einen Pfleger zu bestellen. Die Wirkung einer Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des zu Entmündigenden ist allerdings hiermit nicht verbunden.

§ 1910

Ein Volljähriger, der nicht unter Vormundschaft steht, kann einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten, wenn er infolge körperlicher Gebrechen, insbesondere weil er taub, blind oder stumm ist, seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag[1]).

Vermag ein Volljähriger, der nicht unter Vormundschaft steht, infolge geistiger oder körperlicher Gebrechen einzelne seiner Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten, insbesondere seine Vermögensangelegenheiten, nicht zu besorgen, so kann er für diese Angelegenheiten einen Pfleger erhalten[1])[2]).

Die Pflegschaft darf nur mit Einwilligung des Gebrechlichen angeordnet werden, es sei denn, daß eine Verständigung mit ihm nicht möglich ist[3]).

E I 1739 II 1787 M 4, 1256 P 4, 855; 5, 147; 6, 311.

1. **Gebrechlichkeitspflegschaft.** In Erweiterung des durch § 1896 (Vormundschaft über Volljährige) gewährten Schutzes wird durch § 1910 ein vormundschaftlicher Schutz auch allen den Volljährigen zuteil, die an körperlichen oder geistigen Gebrechen leiden und hierdurch ganz oder teilweise an Besorgung ihrer Angelegenheiten verhindert sind. Als körperliche Gebrechen kommen nicht bloß die im Abs 1 aufgeführten Fälle der Taubheit, Blindheit oder Stummheit in Betracht. Das Gebrechen kann auch in einer Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit (Lähmung, Verstümmelung), in hochgradiger Schwerhörigkeit, Kurzsichtigkeit usw. bestehen, wenn auch diese Gebrechen nur zur Folge haben, daß die Besorgung der Angelegenheiten erheblich erschwert wird (a. M. Fuchs A 2 a β, Blume A 2 b, die eine bloße Erschwerung nicht für genügend halten). In gleicher Weise wird man unter geistigen Gebrechen nicht bloß Geisteskrankheit und Geistesschwäche (vgl. § 6 A 2), sondern darüber hinaus eine jede erhebliche Minderung der Geisteskräfte zu verstehen haben. Trunksüchtige und Verschwender sind, falls nicht mit dem bei ihnen ausgebildeten sittlichen Mangel ein geistiges Gebrechen verbunden ist, nicht hierher zu rechnen. Für die Pflegschaft ist der Unterschied zwischen körperlichen und geistigen Gebrechen insofern bedeutungsvoll, als bei geistigen Gebrechen nur eine Pflegschaft in beschränktem Umfange, zur Besorgung einzelner Angelegenheiten oder eines bestimmten Kreises von Angelegenheiten, zulässig ist. Mit Rücksicht hierauf entsteht die Frage, ob eine solche beschränkte Pflegschaft auch über Geisteskranke und Geistesschwache, die ihre Angelegenheiten in der Gesamtheit nicht zu besorgen vermögen, angeordnet werden kann. Die Gerichte haben sich für Bejahung dieser Frage entschieden (RG 52, 240; 65, 202; JW 03 Beil 64 Nr 147; 06, 376[2]). Ein Bedürfnis für eine solche Pflegschaft liegt namentlich dann vor, wenn eine vollständige Heilung in absehbarer Zeit zu erwarten ist und deshalb die Stellung des Entmündigungsantrages unterlassen wird. Ein Pfleger kann übrigens dem geschäftsunfähigen Geisteskranken auch zur Stellung des Entmündigungsantrages (als gesetzlicher Vertreter) bestellt werden, obschon der Pfleger hier eine Handlung vornimmt, die von dem Geisteskranken selbst nicht vorgenommen werden könnte (vgl. hinsichtlich des § 90 PrVO RG 45, 179, a. M. Gaupp-Stein § 646 A I c ZPO). Dafür, ob über einen körperlich Gebrechlichen eine allgemeine oder eine beschränkte Pflegschaft anzuordnen ist, ist das im einzelnen Falle bestehende Fürsorgebedürfnis entscheidend. Eine Pflegschaft ist nicht nötig, wenn der Gebrechliche in der Lage ist, zur Besorgung seiner Angelegenheiten einen Vertreter anzunehmen, und auch durch sein Gebrechen nicht an Ausübung der nach der Sachlage erforderlichen Beaufsichtigung gehindert ist.

2. Die zur Vertretung der Beamten im **Verfahren der zwangsweisen Versetzung in den Ruhestand** „nötigenfalls" nach § 62 des RBG v. 18. 5. 07, desgleichen nach den landesgesetzlichen Bestimmungen über Dienstvergehen der Richter und der nichtrichterlichen Beamten anzuordnende Pflegschaft stellt sich als eine Pflegschaft des öffentlichen Rechts dar, für welche die besonderen Bestimmungen des § 1910 keine Geltung haben (KG in RJA 6, 2). Der Pfleger kann sowohl von dem Vormundschaftsgericht — das regelmäßig in erster Linie angegangen werden wird — als von der dem Beamten vorgesetzten Dienstbehörde bestellt werden. Wird das Vormundschaftsgericht um Bestellung ersucht, so hat dieses darüber, ob eine Pflegschaft erforderlich ist, selbständig zu befinden. Über die Zulässigkeit der Bestellung eines Pflegers aus § 1910 im Zwangspensionierungsverfahren gegen eines geisteskranken mittelbaren Staatsbeamten gemäß § 20 PrZustG v. 1. 8. 83 s. KGJ 37 A 69.

3. **Einwilligung des Gebrechlichen.** Die Pflegschaft aus § 1910 läßt grundsätzlich die Geschäftsfähigkeit unberührt. Die Bestimmungen, daß die Bestellung eines Gebrechlichkeitspflegers für das gesamte Vermögen die Untauglichkeit des Pfleglings zum Vormunde (§§ 1781 Nr 2, 1792, 1694, 1866 Nr 2, 1886, 1915), die Unfähigkeit zum Testamentsvollstrecker (§§ 2201, 2225) und die Unfähigkeit zur Ausübung der elterlichen Gewalt (§ 1676 Abs 2) zur Folge hat, sind besonderer Art und wird die Geschäftsfähigkeit hierdurch nicht aufgehoben. Die Pflegschaft dient demgemäß wesentlich nur zur Unterstützung des Pflegebefohlenen. Der Pfleger hat deshalb, falls er nicht einem Geschäftsunfähigen beigeordnet ist, nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, sondern eines vom Staate bestellten Bevollmächtigten. Diesem Charakter der Pflegschaft entspricht es auch, daß zur Einleitung der Pflegschaft die Einwilligung des Gebrechlichen gefordert wird. Über die Erteilung der Einwilligung, für die eine besondere Form nicht vorgeschrieben ist, hat das Vormundschaftsgericht vor Anordnung der Pflegschaft sich zu vergewissern. Die Einwilligung kann, wie aus § 1920 hervorgeht, jederzeit zurückgenommen werden, welche Zurücknahme unmittelbar oder mittelbar dem Vormundschaftsgericht erklärt werden muß. Eines eigentlichen Antrags bedarf es trotz des Wortlauts des § 1920 zur Aufhebung der Pflegschaft nicht. Die Einwilligung zur Einleitung der

Pflegschaft ist nicht nötig, wenn eine Verständigung mit dem Pflegebefohlenen ausgeschlossen ist. Dieser Fall liegt auch vor, wenn der Gebrechliche im Sinne des § 104 Nr 2 überhaupt keinen freien Willen hat (RG JW 06, 376²; RG 65, 199). Ebenso kann der Antrag auf Aufhebung der Pflegschaft seitens des Pflegebefohlenen, dessen Willenserklärung nach § 105 nichtig ist, keine Beachtung finden (RG 65, 203). Der Pflegebefohlene gilt nicht etwa für diesen Antrag — wie der Entmündigte nach § 664 ZPO für die Anfechtungsklage im Entmündigungsverfahren — als geschäftsfähig. Die bloße Schwierigkeit der Verständigung kann der Unmöglichkeit nicht gleichgestellt werden. Eine Nachprüfung, ob die Bestellung des Pflegers nach § 1910 Abs 3 rechtmäßig erfolgt ist, steht dem Prozeßgericht nicht zu (RG 7. 4. 09 V 409/08; vgl. § 1915 A 1).

§ 1911

Ein abwesender Volljähriger, dessen Aufenthalt unbekannt ist[1]), erhält für seine Vermögensangelegenheiten, soweit sie der Fürsorge bedürfen, einen Abwesenheitspfleger. Ein solcher Pfleger ist ihm insbesondere auch dann zu bestellen, wenn er durch Erteilung eines Auftrags oder einer Vollmacht Fürsorge getroffen hat, aber Umstände eingetreten sind, die zum Widerrufe des Auftrags oder der Vollmacht Anlaß geben[2])[3]).

Das Gleiche gilt von einem Abwesenden, dessen Aufenthalt bekannt, der aber an der Rückkehr und der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten verhindert ist[1]).

E I 1740 II 1788 M 4, 1256 P 4, 856.

1. Als ein **Abwesender, dessen Aufenthalt unbekannt ist,** ist anzusehen, wer von seinem letzten Wohnorte oder, wenn er einen Wohnort nicht hat, von seinem letzten Aufenthaltsorte sich entfernt hat und dessen gegenwärtiger Aufenthalt trotz sachdienlicher Nachforschungen nicht bekannt geworden ist, desgleichen derjenige, der an diesem Orte, wenn auch eine Entfernung nicht festzustellen ist, nach den stattgehabten Nachforschungen spurlos verschwunden ist. Die Pflegschaft hat darin ihren Grund, daß der Abwesende an Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten gehindert ist. Der Unbekanntschaft des Aufenthalts ist deshalb der Fall gleichgestellt, daß der Abwesende infolge besonderer Umstände wie Verkehrsunterbrechung, Festnahme oder Aufenthalt in weiter Ferne an der rechtzeitigen Rückkehr und dadurch zugleich an der sachgemäßen Erledigung seiner Vermögensangelegenheiten gehindert ist. Wegen der Abwesenheitspflegschaft über einen Ausländer s. § 1773 A 1. Kann wegen der Verschollenheit des Abwesenden nicht ermittelt werden, ob er aufgehört hat, ein Deutscher zu sein, so ist bei Anordnung der Abwesenheitspflegschaft davon auszugehen, daß er die deutsche Staatsangehörigkeit nicht verloren hat (BayObLG in OLG 6, 305 — vgl. § 13 A 3).

2. Die Abwesenheitspflegschaft ist nur einzuleiten, wenn ein **Fürsorgebedürfnis in Ansehung der Vermögensangelegenheiten** vorhanden ist, und zwar nur für einen Volljährigen, nicht einen Minderjährigen, der, weil er unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, eines Abwesenheitspflegers nicht bedarf. Das Fürsorgebedürfnis ist auch von Bedeutung für die Frage, wie lange Zeit die Abwesenheit gedauert haben muß. Eine kürzere Zeit kann genügen, wenn inzwischen in den Vermögensverhältnissen erhebliche Änderungen vorgekommen sind, die ein Eingreifen erforderlich machen. Ein Fürsorgebedürfnis besteht nicht, wenn der Abwesende in der Lage ist, seine Vermögensangelegenheiten schriftlich zu besorgen, falls nicht etwa zur Erledigung dringender Angelegenheiten die Anordnung der Pflegschaft geboten ist. Hat der Abwesende einen Bevollmächtigten bestellt, so kann gleichwohl Anlaß zur Anordnung einer Pflegschaft gegeben sein, wenn infolge besonderer Umstände ein Widerruf der Vollmacht angezeigt erscheint. Ein Abwesender kann ferner schon dadurch genügend geschützt sein, daß ein Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker seine Interessen wahrnimmt. Auch der Umfang der Pflegschaft, ob der Pfleger für einzelne oder alle Vermögensangelegenheiten zu bestellen ist, bestimmt sich ganz nach dem Fürsorgebedürfnis. Innerhalb des ihm zugewiesenen Wirkungskreises ist der Pfleger als gesetzlicher Bevollmächtigter, soweit nicht das Vormundschaftsgericht seine Befugnisse beschränkt hat, zur Besorgung aller Vermögensangelegenheiten, nicht bloß zur Vornahme der auf die Erhaltung des Vermögens abzielenden Handlungen befugt. Seine Sache ist es auch, über den Aufenthalt und das Leben des Abwesenden Nachrichten einzuziehen. Zu dem Antrage auf Todeserklärung bedarf er nach § 962 ZPO der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Dagegen ist er zu dem Antrag auf Konkurseröffnung selbständig berechtigt wie auch verpflichtet. In persönlichen Angelegenheiten kann er den Abwesenden nicht vertreten.

Er ist deshalb auch zur Stellung eines Strafantrags für den Abwesenden nicht berechtigt, soweit es sich nicht um die Verletzung der von ihm wahrzunehmenden Vermögensrechte handelt. Die dem Ehemann nach dem ehelichen Güterrechte an dem Vermögen seiner Frau zustehenden Rechte werden von dem Abwesenheitspfleger wahrgenommen. Die Frau kann jedoch, wenn die baldige Aufhebung der Pflegschaft nicht zu erwarten ist, nach § 1418 Nr 5 auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung, beziehentlich nach § 1542 auf Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft klagen. — Die Abwesenheitspflegschaft dient dem Interesse des Abwesenden. An der Anordnung der Pflegschaft können allerdings auch Dritte ein Interesse haben, namentlich die Gläubiger des Abwesenden, die von dem Abwesenheitspfleger die Befriedigung ihrer Ansprüche erwarten. Sie sind deshalb berechtigt, die Einleitung einer Pflegschaft zu beantragen und können gegen eine die Anordnung der Pflegschaft ablehnende oder die Pflegschaft aufhebende Verfügung Beschwerde erheben (§ 57 Nr 3 FGG). Dafür aber, ob die Pflegschaft einzuleiten oder fortzuführen ist, ist allein das Interesse des Abwesenden maßgebend.

3. Ein Abwesenheitspfleger besonderer Art ist der **Auseinandersetzungspfleger**, der bei Vorhandensein der Voraussetzungen der Abwesenheitspflegschaft von dem Nachlaßgericht zur Vertretung eines abwesenden Beteiligten bei der Auseinandersetzung über den Nachlaß oder das Gesamtgut bestellt wird, §§ 88, 99 FGG.

§ 1912

Eine Leibesfrucht erhält zur Wahrung ihrer künftigen Rechte[1]), soweit diese einer Fürsorge bedürfen, einen Pfleger. Die Fürsorge steht jedoch dem Vater oder der Mutter zu, wenn das Kind, falls es bereits geboren wäre, unter elterlicher Gewalt stehen würde[2])[3]).

E I 1741 II 1789 M 4, 1262 P 4, 857.

1. Die **Leibesfrucht** wird zwar nicht als rechtsfähig anerkannt, es werden ihr aber für den Fall der Geburt Rechte vorbehalten (s. hierüber § 1 A 4). Zur Wahrung dieser Rechte ist ein Pfleger zu bestellen. Die Pflegschaft des § 1912 unterscheidet sich hiernach wie auch die Pflegschaft über die noch nicht erzeugte Nachkommenschaft (§ 1913 A 1) wesentlich von den andern Pflegschaftsarten. Der Wirkungskreis des Pflegers erstreckt sich nach näherer Festsetzung des Vormundschaftsgerichts nur auf die Wahrung der Rechte der Leibesfrucht (wozu auch der Abschluß eines Abfindungsvertrags aus § 1714 gehören kann, a. M. Blume A 6, Fuchs A 2 b), nicht auf sonstige Verfügungen. Die Bestellung eines Pflegers ist nur erforderlich, soweit die Rechte einer Fürsorge bedürfen, also nicht, wenn z. B. für den Schutz der Rechte der Leibesfrucht schon durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder, was nach § 1960 bei Ungewißheit des Erben geschehen muß, durch Bestellung eines Nachlaßpflegers gesorgt ist. Bei dem Unterhaltsanspruch aus § 1963 handelt es sich lediglich um ein Recht der Mutter. Ebenso ist das Recht, die Zahlung des Unterhalts für das uneheliche Kind für die ersten drei Monate schon vor der Geburt des Kindes zu verlangen, durch § 1716 in die Hände der Mutter gelegt, sodaß der Pfleger mit Wahrnehmung dieser Rechte nichts zu tun hat. Ausnahmsweise kann die Pflegschaft auch notwendig werden zum Schutz der Rechte der Leibesfrucht gegen die Mutter, namentlich zur Verhütung einer Kindesunterschiebung, in welchem Falle für die Anordnung der Pflegschaft, wenn schon auch das Interesse des Vaters und sonstiger Personen in Betracht kommt, im Grunde nur das Interesse der Leibesfrucht ausschlaggebend ist (vgl. § 1911 A 2 a. E.).

2. Die **Pflegschaft tritt nicht ein, wenn das Kind im Falle der Geburt der elterlichen Gewalt** unterstehen würde. Der zur Ausübung der elterlichen Gewalt berufene Elternteil wird hier nicht als Pfleger bestellt, sondern hat kraft des Rechts der späteren elterlichen Gewalt, vorausgesetzt, daß ihm diese bei Lebendgeburt des Kindes zusteht und er an der Ausübung nicht rechtlich verhindert sein würde, das Recht und die Pflicht der Fürsorge für die Leibesfrucht. Wegen des der unehelichen Mutter durch § 1716 gegebenen Rechts s. A 1 und wegen der Berufung zur Pflegschaft § 1916 A 1.

3. Besondere Bestimmungen gelten hinsichtlich der **Familienschlüsse** über Familienfideikommisse und Familienstiftungen nach §§ 42—44 II 4 ALR, dem Pr. G. v. 15. 2. 1840 und Art 2 Pr. AG. Für die bereits erzeugten, aber noch nicht geborenen Familienmitglieder wird ein Pfleger der Leibesfrucht nicht bestellt. Es wird vielmehr abgewartet, ob Familienmitglieder binnen 302 Tagen seit dem Tage der Vollziehung des Familienschlusses durch ihre Eltern geboren werden, und ist erst dann ein Pfleger für sie zu bestellen, der dem Familienschlusse mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung beitreten kann.

§ 1913

Ist unbekannt oder ungewiß, wer bei einer Angelegenheit der Beteiligte ist¹) ²), so kann dem Beteiligten für diese Angelegenheit, soweit eine Fürsorge erforderlich ist, ein Pfleger bestellt werden ¹) ²). Insbesondere kann einem Nacherben, der noch nicht erzeugt ist oder dessen Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt wird, für die Zeit bis zum Eintritte der Nacherbfolge ein Pfleger bestellt werden³).

E I 1742 u. 1827 II 1790 M 4, 1265; 5, 112 P 4, 857; 5, 129.

1. **Pflegschaft für unbekannte Beteiligte.** Eine Hinderung in Geltendmachung des Rechts liegt nicht bloß vor, wenn der Berechtigte tatsächlich oder rechtlich verhindert ist, sondern auch dann, wenn unbekannt oder ungewiß ist, wer der Berechtigte ist und ob überhaupt ein Berechtigter vorhanden ist, sei es, daß das die Person des Berechtigten bestimmende Ereignis noch nicht eingetreten ist oder daß wegen unzulänglicher Bezeichnung des Berechtigten oder aus andern Gründen die Person des Berechtigten nicht sicher erkannt werden kann. Dem hieraus entspringenden Fürsorgebedürfnis, das auf tatsächliche und rechtliche Angelegenheiten sich erstrecken kann, wird dadurch genügt, daß für Rechnung dessen, den es angeht, mag dies nun eine natürliche oder juristische Person sein, ein Pfleger als gesetzlicher Bevollmächtigter bestellt wird. Eine solche Pflegschaft kann auch für noch nicht erzeugte Nachkommen eingeleitet werden, soweit dies zur Wahrung der ihnen vorbehaltenen Rechte (s. hierüber § 1 A 4) und Verwaltung des hieraus erlangten Vermögens erforderlich ist. Ein Bedürfnis zur Bestellung eines Pflegers wird regelmäßig zu verneinen sein, wenn die bestehende Ungewißheit leicht zu heben ist oder nur geringfügige Interessen in Frage kommen, auch dann, wenn die Beteiligten schon in anderer Weise durch Fürsorge einer Behörde — wie in Fundsachen — durch Einsetzung eines Nachlaßpflegers, Testamentsvollstreckers genügend geschützt sind (vgl. indes hinsichtlich des Testamentsvollstreckers KG in OLG 1C, 305). Abgelehnt wird die Pflegschaft von dem KG (RJA 8, 99) für den Fall, daß zwischen mehreren Personen, die allein als Berechtigte in Frage kommen, darüber gestritten wird, wem das Recht gebührt. Auch die Pflegschaft aus § 1913 ist, wenn schon es vorkommen kann, daß ein Berechtigter überhaupt nicht vorhanden ist, als Personenpflegschaft, nicht als Sachpflegschaft aufzufassen (a. M. Schultze, Treuhänder 62 ff., Bendix, ABürgR 32, 231). Die Pflegschaft wird im Interesse des Beteiligten geführt. Dritte Personen können, wenn sie an der Anordnung der Pflegschaft interessiert sind, die Pflegschaft in Anregung bringen und bei Ablehnung oder Aufhebung der Pflegschaft nach § 57 Nr 3 FGG Beschwerde führen. Das Vormundschaftsgericht hat aber stets zu prüfen, ob die Anordnung der Pflegschaft im Interesse des Beteiligten ist (KGJ 28 A 11). Der Pfleger hat nicht bloß die Pflicht, die unbekannten Beteiligten innerhalb des ihm zugewiesenen Wirkungskreises zu vertreten, sondern hat auch diese Beteiligten zu ermitteln. Über die Bestellung eines Pflegers bei Herrenlosigkeit eines Grundstücks s. §§ 58 und 787 ZPO.

2. Zur Einleitung der Pflegschaft kann auch der Umstand Anlaß geben, daß nicht feststeht, wer der **Verpflichtete** in der betreffenden Angelegenheit ist. Eine solche Pflegschaft wird jedoch nur ausnahmsweise angezeigt sein, hauptsächlich dann, wenn bei gemeiner Gefahr größere Aufwendungen im Interesse der Beteiligten, die hierdurch verpflichtet werden sollen, zu machen sind (vgl. M 4, 1265).

3. Einen besonders wichtigen Fall einer Pflegschaft aus § 1913 bildet die Bestellung eines Pflegers **für den Nacherben,** dessen Person sich erst durch ein späteres Ereignis bestimmt oder der noch nicht erzeugt ist, da dem Nacherben schon vor Eintritt der Nacherbfolge verschiedene Befugnisse zustehen, Recht auf Mitteilung eines Verzeichnisses und Auskunfterteilung nach §§ 2121, 2122 u. 2127, Recht auf Sicherheitsleistung nach § 2128, auf Hinterlegung der Inhaberpapiere nach §§ 2116—18, auf Feststellung eines Waldwirtschaftsplans nach § 2123, Recht auf Einhaltung der sonstigen dem Vorerben obliegenden Beschränkungen. Der für die späteren Nacherben bestellte Pfleger vertritt auch die als Nacherben eingesetzten bekannten Personen, deren endgültige Berufung zur Nacherbfolge davon abhängig gemacht ist, daß sie den Tod des Vorerben überleben (vgl. § 2108 Abs 2). Gegen die Einleitung einer Pflegschaft für die Nacherben kann der Vorerbe, da hierdurch in seine Rechte nicht eingegriffen wird, nicht Beschwerde erheben, § 20 FGG.

§ 1914

Ist durch öffentliche Sammlung Vermögen für einen vorübergehenden Zweck zusammengebracht worden, so kann zum Zwecke der Verwaltung und

Verwendung des Vermögens ein Pfleger bestellt werden, wenn die zu der Verwaltung und Verwendung berufenen Personen weggefallen sind[1]).

P 6, 313.

1. S. § 80 A 1. Es handelt sich in diesem Falle nicht um eine Personenpflegschaft.

§ 1915

Auf die Pflegschaft finden die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt[1]).

Die Bestellung eines Gegenvormundes ist nicht erforderlich[2]).

E I 1743, 1746 II 1791, 1794 M 4, 1266 u. 1269 P 4, 857.

1. **Die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften** des BGB und der zu dem BGB gehörigen Nebengesetze finden, da im Sinne dieser Vorschriften unter Vormundschaft auch die eine Art der Vormundschaft bildende Pflegschaft begriffen ist, in Ermangelung einer andern Bestimmung (vgl. A 2) auch **auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung,** und zwar werden durchweg mit Ausnahme der Pflegschaft des § 1909 über Minderjährige die Vorschriften für die Vormundschaft über Volljährige anzuwenden sein (bestr.), was namentlich für die Bestimmung des § 1902 Abs 2 (Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für Verträge über wiederkehrende Leistungen von längerer als vierjähriger Dauer) von Wichtigkeit ist. Für die Pflegschaft gilt in gleicher Weise wie für die Vormundschaft der Grundsatz, daß die Gültigkeit der von dem Vormundschaftsgericht angeordneten Pflegschaft von dem Prozeßgericht nicht nachgeprüft werden kann (**RG** JW 02, 570[4]; JW 03 Beil 64 Nr 147; 7. 4. 09 V 405/08 — vgl. § 1774 A 2). Anwendbar sind die Vorschriften über Bestellung und Entlassung eines Vormundes mit Ausnahme derjenigen über die Berufung zur Vormundschaft, welche nach § 1916 für die Pflegschaft des § 1909 nicht gelten und die der Natur der Sache nach auch für die Pflegschaften aus §§ 1912, 1913 und 1914 (vgl. § 1916 A 1) nicht zur Anwendung kommen können. Können hiernach die Eltern einen Pfleger nicht berufen, so können sie ihm auch nicht die Stellung eines befreiten Pflegers geben, vgl. § 1917. Anwendbar sind ferner die Vorschriften über Führung und Beaufsichtigung der Vormundschaft und über die von dem Vormundschaftsgericht oder dem Gegenvormund, falls ein solcher bestellt ist, zu erteilende Genehmigung. Darüber, daß die Bestellung eines Gegenvormundes nicht nötig ist, s. A 2. Selbstverständlich unterliegen der Genehmigung nur die Rechtshandlungen des Pflegers, nicht die Rechtshandlungen des in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkten Pflegebefohlenen. Ein Familienrat ist naturgemäß ausgeschlossen bei den Pflegschaften aus §§ 1913 und 1914. Aber auch bei der Pflegschaft aus § 1909 ist für einen besonderen Familienrat kein Raum. Ist ein Familienrat für die Vormundschaft eingesetzt, so erstreckt sich seine Zuständigkeit auch auf die neben der Vormundschaft eingeleitete Pflegschaft (vgl. § 1858 A 1). Besteht ein Familienrat für die Vormundschaft nicht, so würde es unangebracht sein, einen solchen nur für die Pflegschaft zu bilden. Im übrigen findet, was die Pflegschaften aus §§ 1910, 1911 und 1912 betrifft, die Einsetzung eines Familienrats gemäß § 1905 nur auf Grund des § 1859 Abs 1 statt. Hinsichtlich des Anspruchs des Pflegers auf Ersatz der Aufwendungen (§ 1835) ist zu bemerken, daß bei der Pflegschaft aus § 1912 dieser Anspruch versagt, falls ein lebendes Kind nicht geboren wird (a. M. Blume A 6 zu § 1912, der von der Auffassung aus, daß es sich hier um eine Sachpflegschaft handelt, die Verwaltungskosten demjenigen auferlegen will, dem das verwaltete Vermögen zufällt) und daß ebenso bei einer Pflegschaft aus § 1913 der Anspruch sich nicht verwirklichen läßt, wenn keine Masse vorhanden ist. Mit Rücksicht hierauf wird der Vormundschaftsrichter vor Einleitung einer Pflegschaft aus § 1912 sorgfältig zu erwägen haben, ob nicht die Einleitung einer Nachlaßpflegschaft genügt, und wird er die Einleitung der Pflegschaft aus § 1913, falls nicht die Fürsorge für die unbekannten Beteiligten unbedingt die Einleitung gebietet, von der Übernahme der Haftung des Antragstellers für die Auslagen oder Einzahlung eines entsprechenden Vorschusses abhängig machen können. Weitere Abweichungen von der Vormundschaft ergeben sich daraus, daß das Ermessen des Vormundschaftsgerichts wie bei der Einleitung der das Vorhandensein eines Fürsorgebedürfnisses voraussetzenden Pflegschaft und bei der Begrenzung des Wirkungskreises des Pflegers so auch bei der Aufhebung der Pflegschaft (vgl. § 1919) eine größere Bedeutung hat. Nicht übertragen auf die Pflegschaft ist die Einrichtung der Anstaltsvormundschaft und Berufsvormundschaft. Für die Pflegschaft gilt ausschließlich der Bestellungsgrundsatz (vgl. § 1773 A 4). Wegen der Pflegschaft über einen Ausländer vgl. § 1773 A 1.

2. Neben dem Pfleger braucht ein **Gegenvormund nicht bestellt** zu werden, auch dann nicht, wenn mit der Pflegschaft eine Vermögensverwaltung (vgl. § 1792 Abs 2) verbunden ist.

Es steht jedoch nichts entgegen, den neben dem Vormund bestellten Gegenvormund bei Anordnung einer Pflegschaft aus § 1909 auch als Gegenvormund neben dem Pfleger zu bestellen. Ohne weiteres gehen diese Verrichtungen nicht auf ihn über. Unzulässig ist der Regel nach die Bestellung eines Gegenvormundes neben dem als Pfleger aus §§ 1910, 1911 bestellten Elternteil (vgl. die näheren Bestimmungen der §§ 1903, 1904). Unzulässig ist ferner die Bestellung eines Gegenvormundes neben dem nach § 1917 benannten Pfleger, wenn der Dritte bei der Zuwendung die Bestellung eines Gegenvormundes ausgeschlossen hat.

§ 1916

Für die nach § 1909 anzuordnende Pflegschaft gelten die Vorschriften über die Berufung zur Vormundschaft nicht[1]).

E I 1744 II 1792 Abs 1 M 4, 1267 P 4, 857.

1. Bei der Pflegschaft aus § 1919 ist es oft sehr wünschenswert, den Pfleger nicht aus dem Kreise der nächsten Verwandten des Pfleglings zu nehmen, damit er unbeeinflußt durch den verhinderten Gewalthaber oder Vormund seines Amtes walten kann. Diesem Umstande ist dadurch Rechnung getragen, daß die **Vorschriften über die Berufung zur Vormundschaft** für diese Pflegschaft **außer Geltung** gesetzt sind. Das der Ehefrau nach näherer Bestimmung des § 1685 zustehende Recht, bei Verhinderung des Mannes die elterliche Gewalt für diesen auszuüben, wird natürlich hierdurch nicht berührt. Die Vorschriften über die Berufung zur Vormundschaft können aber auch keine Geltung beanspruchen für die Pflegschaften aus §§ 1912, 1913 und 1914. Die Pflegschaft aus § 1914 hat überhaupt nicht die Natur einer Personenpflegschaft. Bei der Pflegschaft aus § 1913 ist es ungewiß, wer der Beteiligte ist, und kann deshalb von einem zur Berufung berechtigenden Verwandtschaftsverhältnis nicht die Rede sein. Ein solches Verwandtschaftsverhältnis ist endlich auch bei der über eine Leibesfrucht nach § 1912 einzuleitenden Pflegschaft ausgeschlossen. Zur Wahrung der Rechte der Eltern ist hier die besondere Bestimmung des § 1912 Satz 2 für notwendig erachtet.

§ 1917

Wird die Anordnung einer Pflegschaft nach § 1909 Abs. 1 Satz 2 erforderlich, so ist als Pfleger berufen, wer als solcher von dem Erblasser durch letztwillige Verfügung, von dem Dritten bei der Zuwendung benannt worden ist; die Vorschriften des § 1778 finden entsprechende Anwendung[1]).

Für den benannten Pfleger kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung die in den §§ 1852 bis 1854 bezeichneten Befreiungen anordnen. Das Vormundschaftsgericht kann die Anordnungen außer Kraft setzen, wenn sie das Interesse des Pflegebefohlenen gefährden[2]).

Zu einer Abweichung von den Anordnungen des Dritten ist, solange er lebt, seine Zustimmung erforderlich und genügend. Die Zustimmung des Dritten kann durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn der Dritte zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist[3]).

E I 1745 II 1792 Abs 2 M 4, 1167 u. 1268 P 4, 857.

1. S. über die **Anordnung der Pflegschaft** § 1909 A 3. Dem Dritten ist nicht das Recht gegeben, eine bestimmte Person von der Pflegschaft auszuschließen. Doch wird sich der Vormundschaftsrichter nicht ohne zwingende Gründe über eine solche Anordnung hinwegsetzen dürfen.

2. S. § 1909 A 3. Die Stellung des **befreiten Pflegers** hat bei der Pflegschaft aus §§ 1910 und 1911 nach näherer Bestimmung der §§ 1903 und 1904 auch der zur Pflegschaft berufene Elternteil.

3. Solange der Dritte in der Lage ist, selbst eine Bestimmung zu treffen, so lange er noch am Leben ist und nicht etwa die Einholung seiner Bestimmung durch dauernde Unbekanntschaft seines Aufenthalts oder dauerndes Unvermögen zur Abgabe einer Erklärung ausgeschlossen ist, ist **Zustimmung des Dritten** zur Abweichung von der Anordnung unbedingt erforderlich. Erst nach diesem Zeitpunkte tritt das Änderungsrecht des Vormundschaftsgerichts in Kraft, das übrigens nicht gerade in der Form der Ersetzung der Zustimmung erklärt zu werden braucht (vgl. § 1803 A 2).

§ 1918

Die Pflegschaft für eine unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehende Person endigt mit der Beendigung der elterlichen Gewalt oder der Vormundschaft[1]).

Die Pflegschaft für eine Leibesfrucht endigt mit der Geburt des Kindes[2]).

Die Pflegschaft zur Besorgung einer einzelnen Angelegenheit endigt mit deren Erledigung.

E I 1748 Abs 1 Nr 1, 2, 5 u. 6 II 1795 M 4, 1271 u. 1274 P 4, 859.

1. Ein sicherer Zeitpunkt für die **Beendigung der Pflegschaft** ist meist nicht gegeben, da es hierfür auf die in den einzelnen Fällen oft sehr verschiedene Fortdauer des Fürsorgebedürfnisses ankommt. Grundsätzlich besteht daher die Pflegschaft, was in § 1919 ausgesprochen ist, so lange, bis sie von dem Vormundschaftsgericht durch eine dem Pfleger zugegangene Verfügung (§ 16 Abs 1 FGG) aufgehoben ist. Eine solche Aufhebung kann unter Umständen in der bloßen Aufforderung zur Rückgabe der Bestallung erblickt werden. Von dieser Regel gibt es jedoch verschiedene Ausnahmen. Die Pflegschaft aus § 1909 kann, da der Pfleger hinsichtlich bestimmter Verrichtungen an die Stelle des verhinderten Gewalthabers oder Vormundes tritt, keinesfalls länger dauern als das Recht dieses Gewalthabers oder Vormundes. Die Pflegschaft muß deshalb nicht bloß mit der Beendigung der elterlichen Gewalt oder der Vormundschaft erlöschen, sondern auch dann, wenn in der Person des Gewalthabers oder des Vormundes nur ein Wechsel eintritt (bestr.). Sollte der Nachfolger ebenfalls verhindert sein, das Fürsorgebedürfnis also fortdauern, so bedarf es der Neubestellung des Pflegers. Anders ist es nur, wenn eine Pflegschaft gemäß § 1909 Abs 1 Satz 2 in dem Sinne angeordnet ist, daß die Verwaltung eines jeden Gewalthabers oder Vormundes an dem dem Pflegling zugewendeten Vermögen ausgeschlossen sein soll. Ein allgemeiner Grund der Beendigung der Pflegschaft ist der Tod oder die Todeserklärung des Pfleglings. Doch kann dieser Beendigungsgrund nicht Platz greifen bei der Pflegschaft aus § 1913, da hier der Beteiligte ungewiß ist, auch nicht bei der Pflegschaft aus § 1912, da zwar die Totgeburt, nicht aber das Absterben der Leibesfrucht äußerlich in Erscheinung tritt, und nur beschränkt bei der Abwesenheitspflegschaft aus § 1911. Nur der Todeserklärung des Abwesenden (vgl. § 1884 A 2) kann die Wirkung der Beendigung zuerkannt werden, nicht dem Tode, der bei einem Abwesenden meist erst nach längerer Zeit bekannt wird und dessen Feststellung oft großen Schwierigkeiten unterliegt, § 1921 Abs 2 u. 3.

2. Eine weitere Ausnahme ist es, daß die Pflegschaft unbedingt ihr Ende erreicht, sobald an Stelle der Pflegschaft der erweiterte Schutz der Vormundschaft oder der elterlichen Gewalt tritt. Die **Pflegschaft für eine Leibesfrucht endigt** aus diesem Grunde **mit der Geburt des Kindes**, da dieses entweder unter elterliche Gewalt oder unter Vormundschaft fällt. Desgleichen hört die vorläufige Pflegschaft des § 1909 Abs 3 mit der Bestellung des Vormundes auf (a. A. die herrschende Meinung). Über den Fall der Totgeburt der Leibesfrucht s. A 1.

3. Eine Aufhebung der Pflegschaft braucht von dem Vormundschaftsgericht nicht besonders ausgesprochen zu werden, wenn der Fall so einfach liegt, daß der Pfleger nur zur Besorgung einer oder mehrerer **einzelner Angelegenheiten** bestellt ist. Mit der Erledigung der Angelegenheit endigt die Pflegschaft von selbst. Auf den Fall, daß die Pflegschaft zur Besorgung eines bestimmten Kreises von Angelegenheiten angeordnet ist, kann dies nicht ausgedehnt werden (a. M. Staudinger A 1 c, Blume A 4).

§ 1919

Die Pflegschaft ist von dem Vormundschaftsgericht aufzuheben, wenn der Grund für die Anordnung der Pflegschaft weggefallen ist[1]).

E I 1748 Abs 2 Satz 1, 2 II 1796 M 4, 1271 P 4, 859.

1. S. § 1918 A 1. Über das Recht der Beschwerde gegen die Aufhebung der Pflegschaft s. Vorbem 2 vor § 1909.

§ 1920

Eine nach § 1910 angeordnete Pflegschaft ist von dem Vormundschaftsgericht aufzuheben, wenn der Pflegebefohlene die Aufhebung beantragt[1]).

E I 1748 Abs 2 Satz 4 II 1797 M 4, 1272 P 4, 859; 6, 312.

1. S. § 1910 A 3.

§ 1921

Die Pflegschaft für einen Abwesenden ist von dem Vormundschaftsgericht aufzuheben, wenn der Abwesende an der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten nicht mehr verhindert ist[1]).

Stirbt der Abwesende, so endigt die Pflegschaft erst mit der Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht. Das Vormundschaftsgericht hat die Pflegschaft aufzuheben, wenn ihm der Tod des Abwesenden bekannt wird[2]).

Wird der Abwesende für tot erklärt, so endigt die Pflegschaft mit der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils[3]).

E I 1743 Abs 1 Nr 4, Abs 2 Satz 3 II 1798 M 4, 1273 P 4, 859.

1. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz des § 1919.

2. S. § 1918 A 1. Die hier für den Fall des **Todes des Abwesenden** getroffene Sonderbestimmung kann auf andere Pflegschaften nicht ausgedehnt werden.

3. S. § 1918 A 1. Wird auf Anfechtungsklage das die **Todeserklärung** aussprechende Urteil aufgehoben, so ist eine neue Pflegschaft anzuordnen (vgl. § 1884 A 2). Die Pflegschaft kann nicht als fortbestehend angesehen werden (anders die herrschende Meinung).

Fünftes Buch

Erbrecht

---

1. Internationales Recht. Der Geltungsbereich des deutschen Erbrechts bestimmt sich grundsätzlich nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers. Der Deutsche wird nach deutschen Gesetzen auch dann beerbt, wenn er seinen Wohnsitz im Auslande hatte, EG Art 24 Abs 1. Umgekehrt wird ein Ausländer, der zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inlande hatte, nach den Gesetzen seines Heimatsstaates beerbt, Art 25. Dieser Grundsatz erleidet jedoch zahlreiche Ausnahmen. Allgemein bezüglich der Form der Verfügung von Todes wegen, Art 11. Ferner zugunsten der Erben eines im Ausland wohnhaft gewesenen Deutschen in Ansehung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten, EG Art 24 Abs 2. Weiter zugunsten der deutschen (nicht auch der ausländischen, **RG** 63, 356) Erben eines im Inland wohnhaft gewesenen ausländischen Erblassers, wenn ihr Erbrecht nach den deutschen Gesetzen begründet ist, Art 25 S 2. Dagegen leidet das ausländische Recht auch auf den Nachlaß eines Deutschen Anwendung, soweit darin bezüglich einzelner Nachlaßgegenstände (namentlich Grundstücke) besondere Vorschriften gelten, Art 28. Das deutsche Recht kann auch vom ausländischen Rechte selbst als maßgebend bezeichnet sein, Art 27. Aushilfebestimmungen im Mangel einer Staatsangehörigkeit des Erblassers Art 29, Schranken bei Anwendung des ausländischen Rechts Art 30, Vergeltungsrecht Art 31. Sonderbestimmung für Ausantwortung von Vermögen, das deutschen Behörden aus einem ausländischen Nachlasse zur Übermittelung an Inländer anvertraut ist, Art 26. Fortdauernde Geltung der Reichsstaatsverträge (mit Rußland) **RG** 71, 293. — Zuständigkeit der Gerichte nach ZPO § 27 Abs 2 und FGG § 73.

2. Sonstige erbrechtliche Bestimmungen finden sich reichsgesetzlich in zahlreichen Vorschriften der Zivilprozeß-, der Konkursordnung, sowie bezüglich der „Nachlaß- und Teilungssachen" in §§ 72—99 FGG. Ferner im EG Art 38 (Verfügungen von Todes wegen vor deutschen Konsuln) und Art 44 (Militär- und Marinetestament). Die Bestimmungen der Hausverfassungen und Landesgesetze haben vor dem BGB den Vortritt in Ansehung der landesherrlichen Familien und des hohen Adels, EG Artt 57, 58. Landesgesetzlicher Regelung sind vorbehalten: Familienfideikommisse und Lehen Art 59, Vorschriften über Rentengüter Art 62, Erbpachtrecht Art 63, Anerbenrecht Art 64, Erwerbsbeschränkungen der juristischen Personen und Religiosen Artt 86, 87, die Feststellung des Ertragswerts eines Landguts Art 137, gewisse fiskalische und ähnliche Erbrechte Artt 138, 139, endlich Zuständigkeits- und Behördenorganisationsfragen in bezug auf erbrechtliche Beurkundungen und andere Verrichtungen Artt 141, 147—151.

3. Für die **Übergangszeit** gilt nach Artt 213, 214 EG der Grundsatz, daß, jenachdem der Erblasser vor oder nach Inkrafttreten des BGB gestorben ist, das ältere oder das neue Recht maßgebend ist. Nur die Errichtung und Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen, wenn sie vor 1. 1. 00 erfolgt ist, sowie die unter dem älteren Recht bereits eingetretene Bindung des Erblassers bei einem Erbvertrag oder einem gemeinschaftlichen Testamente wird in jedem Falle nach den bisherigen Gesetzen beurteilt. Von hierzu ergangenen Entscheidungen des obersten Gerichtshofes genügt hervorzuheben zu Art 213: **RG** 46, 70 und JW 02 Beil 96 (Begriff des erbrechtlichen Verhältnisses, Ernennung und Entsetzung des Testamentsvollstreckers), **RG** 50, 187 (Anspruch aus code civil a 747), **RG** 52, 174 und JW 02 Beil 209 (Fragen der Erbauseinandersetzung), **RG** 60, 315 (Erbgemeinschaft des franz. Rechts), **RG** JW 09, 220[10] (Eheverträge des franz. Rechts), **RG** 54, 241 (Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen den Beschenkten) und 54, 399 (gegenüber der Errichtung einer Familienstiftung), **RG** 59, 80 und JW 04, 144[14] (Auslegung älterer Testamente), **RG** JW 09, 158[1] (Rechtsverhältnis zwischen Vor- und Nacherben). Zu Art 214: **RG** 50, 316 und 62, 14 (Bindung und deren Lösbarkeit). Zum Begriff der erbrechtlichen Wirkungen des ehelichen Güterstandes in Art 200: **RG** JW 03 Beil 13 (Todteilung der Kinder nach lübischem Recht) und **RG** 65, 249 (Rechte der märkischen Witwe im Verhältnis zum Pflichtteil der Abkömmlinge). Besondere Bestimmungen über Testierfähigkeit EG Art 215, bezüglich gewisser ritterschaftlicher Familien Art 216, des Erbverzichtsvertrags Art 217.

Erster Abschnitt

Erbfolge

§ 1922

[1])Mit dem Tode[2]) einer Person[3]) (Erbfall)[4]) geht deren Vermögen[5]) (Erbschaft)[6]) als Ganzes[7]) auf eine oder mehrere andere Personen[8]) (Erben)[9]) über.

Auf den Anteil eines Miterben (Erbteil)[10]) finden die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften Anwendung[11])[12]).

E I 1749 Abs 1, 1750 Abs 2 E II 1799 M 5, 2 3 P 5, 1—3.

1. Die Vorschriften sind zwingendes Recht. Jedes hinterlassene Vermögen muß einen Erben finden, selbst wenn der Erblasser die Erbfolge verboten oder sämtliche Bestandteile seines Vermögens durch Einzelzuwendungen (§ 2087 Abs 2) vergeben hätte. Im Notfalle tritt der Fiskus als Erbe ein, § 1936. Zugleich spricht der Paragraph den Grundsatz der Gesamtnachfolge aus („als Ganzes") und weiter in Verbindung mit § 1942, daß der Erbschaftserwerb „mit dem Tode", also unmittelbar kraft des Gesetzes stattfindet. „Der Tote erbt den Lebendigen", das BGB kennt keine ruhende Erbschaft (RG 54, 291).

2. Erst **mit dem Tode** tritt die Erbfolge ein: hereditas viventis non datur. Die Feststellung eines erbrechtlichen Verhältnisses bezüglich des Nachlasses eines noch Lebenden ist begrifflich ausgeschlossen (RG 49, 372). Auch Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten sind grundsätzlich nichtig, § 312. Tritt die Berufung zur Erbfolge erst später ein (Ausschlagung § 1953 Abs 2, Erbunwürdigkeit § 2344 Abs 2), so gilt der Anfall schon im Zeitpunkt des Todes des Erblassers als erfolgt. Der Nacherbe erlangt die volle Erbenstellung erst mit dem Aufhören des Rechtes des Vorerben, § 2139. Zeitpunkt des Todes im Falle der Todeserklärung §§ 18, 20.

3. Nur **natürliche Personen,** diese aber ohne Ausnahme, können beerbt werden. Das Vermögen juristischer Personen geht nach Erlöschen der Persönlichkeit gemäß §§ 45, 46, 88 und EG Art 85 über.

4. **Erbfall,** oft wiederkehrende technische Bezeichnung für die objektive Voraussetzung der Erbfolge: Tod des Erblassers. „Anfall der Erbschaft" in § 1942 hat die Beziehung auf den Erben im Auge, „Fall der Nacherbfolge" § 2139.

5. Das **Vermögen** besteht nach gewöhnlichem Sprachgebrauch in dem Inbegriff (§ 260) der mit der Person des Erblassers verknüpften geldwerten Rechte und Verbindlichkeiten. Es ist nicht anzunehmen, daß das BGB, wo es von „Vermögen" spricht, darunter grundsätzlich nur das Aktivvermögen verstanden wissen will (vgl. aber auch 419 A 4). Auch die „vom Erblasser herrührenden Schulden" (§ 1967 A 2) gehen somit als Bestandteile des Vermögensganzen auf den Erben über (a. M. Dernburg V § 125 A 2). Selbst bloße Möglichkeiten des Rechtserwerbs, die schon bei Lebzeiten des Erblassers gegeben waren, sogen. „Rechtslagen" sind Gegenstand der Erbfolge (Erwerbsgeschäft als solches HGB § 22, Vertragsanträge § 153, Ersitzungsgelegenheit § 943, der Besitz selbst § 857, die Anwartschaft des Nacherben § 2108 Abs 2, der Pflichtteilsanspruch § 2317 Abs 2). Ebenso das Recht der Ausschlagung von Erbschaften, § 1952 und Vermächtnissen, § 2180. — Unvererbliche Rechte sind die höchstpersönlichen (vgl. § 399 A 4) und solche Rechte, die vertragsmäßig auf eine bestimmte Person beschränkt sind (RG 65, 22 Bezugsrecht des Aktionärs). Ferner: Mitgliedschaft am Verein §§ 38, 40, Vorkaufsrecht § 514 (aber auch § 2034 Abs 2), Widerruf der Schenkung §§ 530, 1584, sowie der Stiftung § 81, Bezugsrecht auf Leibrente § 759, regelmäßig Ersatzansprüche wegen immateriellen Schadens §§ 847, 1300, Nießbrauch § 1061, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten § 1090, Recht auf Übernahme des Gesamtgutes § 1502, Unterhaltsanspruch aus §§ 1615 u. a., 1713. Mit dem Tode des Verpflichteten erlöschen die Verbindlichkeiten aus Schenkungsversprechen wiederkehrender Leistungen § 520, zur Leistung von Diensten § 613, sowie die Unterhaltspflicht aus § 1615, nicht aber §§ 1582 und 1712. Einfluß des Todes auf das Widerrufs- und Kündigungsrecht bei der Schenkung § 532, bei der Miete § 569, Pacht § 596, Leihe § 605, beim Auftrag §§ 672, 673, bei der Gesellschaft §§ 727, 736 (Handelsgesellschaft HGB §§ 131, 139, 161, aber auch 177), Gemeinschaft § 750, nicht bei der Anweisung § 791. — Über Vererblichkeit gewisser gewerblicher und literarischer Schutzrechte (MustG v. 11. 1. 76

§ 3, PatG v. 7. 4. 91 § 6, GebrMustG v. 1. 6. 91 § 7, WarenZG v. 12. 5. 94 § 7, LitUrhG v. 19. 7. 01 § 8, KunstSchutzG v. 9. 1. 07 § 10). Zugehörigkeit der Versicherungssumme zum Nachlaß § 331 und RG 62, 259 (Versicherung „zugunsten meiner Erben").

6. Das BGB gebraucht von dem hinterlassenen Vermögen bald den Ausdruck **Erbschaft** in Beziehung auf den Erben, bald objektiv den Ausdruck „Nachlaß", hat aber dabei vorzugsweise die Vermögensaktiven im Auge.

7. Das Vermögen geht **als Ganzes**, d. h. mit Rechtsnotwendigkeit durch einen kraft des Gesetzes eintretenden Rechtsvorgang und (abgesehen von den A 5 erwähnten Veränderungen) in derselben wirtschaftlichen Geschlossenheit auf den Erben über, die in der Person des Erblassers verkörpert war. Es gibt deshalb begrifflich kein bloß auf Teile des Nachlasses beschränktes Erbrecht (etwa am gesamten Grundbesitz RG 61, 78). Anderseits bedarf es zur Übertragung einzelner Vermögensbestandteile auf den Erben nicht der sonst vom Gesetze erforderten Förmlichkeiten (Auflassung, Übergabe). Tritt infolge des Erbganges Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit ein, so erlöschen regelmäßig die betreffenden Rechtsverhältnisse (s. jedoch §§ 1976, 1991, 2143, 2175, 2377).

8. Unter den aktiv erbfähigen **andern Personen** versteht das Gesetz, abweichend von der passiven Erbfähigkeit (A 3) sowohl natürliche als juristische Personen. Bei beiden ist Rechtsfähigkeit (§§ 1, 21 ff.) vorausgesetzt. Besonderheit bei Stiftungen § 84. Erbrecht der Leibesfrucht § 1923 Abs 2. Landesgesetzliche Beschränkungen des Erwerbs von Rechten durch juristische Personen (Art 86) und Mitglieder religiöser Orden (Art 87 EG). Mehrheit von Erben §§ 2032—2063.

9. **Erbe** im Sinne des Gesetzes ist nur, wer unmittelbar durch das Gesetz oder durch Verfügung von Todes wegen gemäß dem Gesetze als Gesamtnachfolger des Erblassers berufen ist. Hierzu gehört weder der Erbeserbe, noch der Erbschaftskäufer. Auch der Erwerber des Erbanteils (§ 2033) wird nicht Miterbe und hat keinen Anspruch auf Erteilung des Erbscheins (RG 64, 173). Die Erbenstellung kann einem Dritten auch nicht durch Rechtsgeschäft, insbesondere nicht durch Anerkennung einer unwirksamen Verfügung von Todes wegen übertragen werden. Vorerbe und Nacherbe sind beide wahre Erben, § 2100, ebenso der Ersatzerbe, § 2096. Dagegen erwirbt der Vermächtnisnehmer nur ein Forderungsrecht, §§ 1939, 2174, ebenso der Pflichtteilsberechtigte, § 2303. Erbeinsetzung §§ 2087 ff.

10. **Anteil des Miterben** am Nachlasse s. § 2033. Teil der Erbschaft §§ 1950, 1952.

11. Doch ist das Verfügungsrecht des Miterben über seinen Erbteil in § 2033 abweichend von demjenigen des Alleinerben gestaltet. Auch findet über einen Erbteil weder die Nachlaßverwaltung statt (§ 2062) noch das Konkursverfahren (KO § 235).

12. **Beweislast.** Den Tod des Erblassers und wenn es darauf ankommt den genauen Zeitpunkt des Todes hat zu beweisen, wer Erbe zu sein behauptet. Beim Erbschein § 2356.

§ 1923

Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt[1]).

Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war[2]), gilt als vor dem Erbfalle geboren[3])[4]).

E I 1752, 1758 Abs 1, 1964 Abs 2, 2026 Abs 2 II 1800 M 5, 4, 11 ff., 357 ff., 488 ff. P 5, 4, 7, 463, 614; 6, 90, 335 ff.

1. Erblasser und Erbe müssen während einer noch so geringen Zeit **gleichzeitig am Leben** gewesen sein, der Erbe muß beim Tode des Erblassers (§ 1922 A 4) bereits gelebt und noch gelebt haben. Erleben des Eintritts einer aufschiebenden Bedingung § 2074. Für den Nacherben genügt, wenn er wenigstens zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge, regelmäßig also beim Tode des Vorerben lebt oder doch mindestens erzeugt war (§ 2108 A 1). Auch der Vermächtnisnehmer braucht zur Zeit des Erbfalles noch nicht gelebt zu haben (§§ 2160, 2178). Stirbt der berufene Erbe vor dem Erblasser, so geht sein Erbrecht nicht auf seine Erben über. Anders beim Nacherben § 2108 Abs 2. Im Falle der Todeserklärung eines Verschollenen greifen die doppelten Vermutungen der §§ 18, 19, beim Tode in gemeinsamer Gefahr diejenige des § 20 ein. Sie sind mit allen Beweismitteln und nach freier Würdigung des Ergebnisses widerlegbar (RG 60, 198). Juristische Personen „leben", solange sie rechts- und erbfähig sind (§ 1922 A 8). Die Stiftung kann vom Stifter selbst schon vor der Genehmigung bedacht werden, § 84 (s. auch § 2101 Abs 2). Nichtrechtsfähige Vereine (§ 54) können nicht erben. Doch läßt sich die Zuwendung unter Umständen als Zuwendung an die Vereinsmitglieder mit der Auflage der Verwendung zu Vereinszwecken aufrecht erhalten.

2. Der Grundsatz des Abs 1 wird zugunsten der **Leibesfrucht** durchbrochen. Unterhaltsanspruch der Mutter des zu erwartenden Erben §§ 1963, 2141, Aufschub der Erbauseinandersetzung § 2043. Eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht einmal erzeugte Person kann

nur gemäß § 2101 Abs 1 als Nacherbe eingesetzt werden („künftige Nachkommenschaft des X" RG 30. 6. 04 IV 516/03, RG 65, 280).

3. Vorausgesetzt, daß er lebend, wenn auch nicht lebensfähig, zur Welt gekommen ist, § 1. Die **Rückbeziehung** des späteren Ereignisses auf die Zeit des Erbfalles (vgl. auch §§ 1953 Abs 2, 2344 Abs 2) ist notwendige Folge des Grundsatzes in § 1922: Übergang der Erbschaft mit dem Tode des Erblassers. Das Gleiche gilt, wenn jemand erst nach diesem Zeitpunkte durch Ehelichkeitserklärung (§ 1733 Abs 3) oder Annahme an Kindesstatt (§ 1753 Abs 3) die Eigenschaft eines gesetzlichen Erben erlangt. Anders im Falle der Legitimation durch nachfolgende Ehe § 1719. Pflegschaft für die Leibesfrucht § 1912, Nachlaßpflegschaft § 1960.

4. Beweislast. Dem Erben liegt der Beweis ob, daß er zur Zeit des Erbfalls gelebt hat oder doch erzeugt gewesen ist. Die gesetzlichen Vorschriften der §§ 1592, 1717 bezüglich der Empfängniszeit gewähren einen Anhalt, sind aber nicht unmittelbar maßgebend. Rechtskraft des über Ehelichkeit eines Kindes ergangenen Urteils ZPO § 643. Kann im Falle des § 20 nicht bewiesen werden, wer zuerst verstorben ist, so stehen keinem der mehreren in gemeinsamer Gefahr Umgekommenen Erbrechte gegen den andern zu.

§ 1924

[1])Gesetzliche Erben der ersten Ordnung sind die Abkömmlinge des Erblassers [2]).

Ein zur Zeit des Erbfalls lebender Abkömmling schließt die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge von der Erbfolge aus [3]).

An die Stelle eines zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Abkömmlings treten die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge (Erbfolge nach Stämmen) [4]).

Kinder erben zu gleichen Teilen [5]).

E I 1965 II 1801 M 5, 353—360 P 5, 463—467.

1. Das gesetzliche Erbrecht des BGB ruht auf dem **Parentelsystem.** Sein Grundgedanke ist: „Diejenigen, welche mit dem Erblasser die näheren Stammeseltern gemeinsam haben, sollen solche Verwandte ausschließen (§ 1930), welche durch entferntere Stammeltern mit dem Erblasser verbunden sind, und in der Linie soll Eintritt der Entfernteren an Stelle der Weggefallenen stattfinden" (M 5, 357). Unter den Erben einer bestimmten „Ordnung" versteht das BGB die Gesamtheit der durch den betreffenden gemeinschaftlichen Vorfahren verbundenen Blutsverwandten, die familienrechtlich wieder in gerader, auf- oder absteigender Linie oder in der Seitenlinie miteinander verwandt sind (§§ 1589, 1590, 1766). Innerhalb der drei ersten Ordnungen (§§ 1924—1927) kommt die Gradesnähe nicht in Betracht (Lineal-Erbfolge). Von der vierten Ordnung ab schließen gewisse nähere Verwandtschaftsgrade das Erbrecht der entfernteren Grade ganz aus (Linealgradual-Erbfolge § 1928). Die Zahl der Ordnungen ist unbeschränkt, § 1929. Nebenher geht das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten §§ 1931—1934. Pflichtteilsrecht § 2303.

2. Der Erblasser selbst ist parens der **ersten Ordnung.** Abkömmlinge sind seine Kinder aus einer oder mehreren Ehen, auch aus geschiedener Ehe, seine Enkel, Urenkel u. s. f. Nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung regelt sich auch die gegenseitige Unterhaltspflicht, §§ 1606, 1609. Das uneheliche Kind, auch das sogen. Brautkind (EG Art 208 Abs 2), steht nur zur Mutter und deren Verwandten im Verhältnis des Abkömmlings § 1705. Zum Vater und seinen Verwandten erst nach der Legitimation durch nachfolgende Ehe, §§ 1719 bis 1722. Die Ehelichkeitserklärung verschafft dem Kinde und seinen Abkömmlingen nur ein Erbrecht gegen den Vater, nicht gegen dessen Verwandte, somit auch nicht gegen die ehelichen oder andere gleichfalls legitimierte Kinder des Vaters und umgekehrt, §§ 1736, 1737. Wesentlich das Gleiche gilt von der Annahme an Kindes Statt, §§ 1757, 1762, 1763. Doch kann das Erbrecht des Kindes im Annahmevertrage ausgeschlossen werden, § 1767 Abs 1. Dem Annehmenden steht gegen das Kind überhaupt kein Erbrecht zu, § 1759. Das Erbrecht des Kindes gegen seine leiblichen Verwandten bleibt unberührt, § 1764. Kinder aus nichtigen Ehen §§ 1699 ff. Sonderbestimmungen bezüglich der landesherrlichen Familien und des hohen Adels EG Artt 57, 58.

3. Der dem Grade nach **nähere Abkömmling schließt seine eigenen Abkömmlinge aus** (§ 1589), falls er Erbe wird. Im Falle der Ausschlagung, Erbunwürdigkeit (§§ 1953, 2344) oder wenn er von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist (§ 1938), fällt die Erbschaft an die dem Grade nach nächsten Abkömmlinge, RG 61, 16. Dasselbe gilt vom Erbverzicht des Nächstberechtigten, § 2346, wenn sich der Verzicht nicht zugleich auf seine Abkömmlinge erstreckt, § 2349.

4. **An die Stelle treten** bedeutet nicht Repräsentationsrecht im Sinne des Einrückens in das Erbrecht des weggefallenen Abkömmlings, sondern eigenes, selbständiges Erbrecht des nunmehr berufenen Abkömmlings im Umfange des dem Weggefallenen zukommenden Erbrechts. Die Nachrückenden brauchen nicht selbst auch Erben des Weggefallenen geworden zu sein. Ausgleichungspflicht § 2051. Einen **Stamm** bilden bereits sämtliche Erben der ersten Ordnung. Abs 3 hat die Stämme der nachrückenden, je durch einen gemeinschaftlichen parens verbundenen Abkömmlinge, Unterstämme im Auge.

5. Die **Kinder** erben in der ersten Geschlechtsfolge **nach Kopfteilen** die ganze Erbschaft, in der zweiten und den folgenden nach Kopfteilen innerhalb des Stammes den nach Abs 3 auf den Stamm entfallenden Erbteil. Mehrfache Verwandtschaft § 1927. Fortgesetzte Gütergemeinschaft §§ 1483 ff.

§ 1925

Gesetzliche Erben der zweiten Ordnung sind die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge[1]).

Leben zur Zeit des Erbfalls die Eltern, so erben sie allein und zu gleichen Teilen[2]).

Lebt zur Zeit des Erbfalls der Vater oder die Mutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge nach den für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften[3]). Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, so erbt der überlebende Teil allein[4]).

E I 1966 II 1802 M 5, 361 P 5, 467.

1. In der **zweiten Ordnung** rückt die Erbfolge aufwärts bis zu den Eltern und von diesen, soweit sie zur Zeit des Erbfalls weggefallen sind (Abs 2 und 3) wieder abwärts auf ihre Abkömmlinge (§ 1924 A 2), d. h. auf die Geschwister und Geschwisterkinder des Erblassers. Daneben Erbrecht des überlebenden Ehegatten zur Hälfte der Erbschaft § 1931. Von welcher Elternseite das Erbvermögen herrührt, ist gleichgültig. Pflichtteilsrecht § 2303.

2. Nur **wenn beide Eltern leben,** ist das Erbrecht der Abkömmlinge gänzlich ausgeschlossen (Schoßfallrecht). Sonst gilt Abs 3. Auch hier ist vorausgesetzt, daß die Eltern wirklich erben (§ 1924 A 3). Ihr Verzicht bindet jedoch nicht die Abkömmlinge, § 2349. Die Mutter des unehelichen Kindes ist seine alleinige Erbin, § 1705. Wird es für ehelich erklärt, so erlangt nur der Vater, nicht die Frau des Vaters Erbrechte, §§ 1736, 1737. Den Adoptiveltern steht kein Erbrecht zu, §§ 1759. Hat der Vater im Falle der nichtigen Ehe kein Erbrecht (§ 1701), so ist damit das Erbrecht seiner sonstigen Abkömmlinge oder seiner Vorfahren nicht ausgeschlossen (vgl. § 1924 A 4).

3. Ist **ein Elternteil verstorben,** so treten seine Abkömmlinge (die Geschwister und Geschwisterkinder des Erblassers) an die Stelle Die auf den vorverstorbenen Elternteil entfallende Hälfte verteilt sich innerhalb der Linie gemäß § 1924 Abs 2, 4 nach Stämmen, unter Kindern desselben Stammes nach Kopfteilen. Halbbürtige Geschwister und deren Abkömmlinge rücken mithin, zusammen mit den vollbürtigen Geschwistern, nur in die Erbhälfte desjenigen vorverstorbenen Elternteils ein, welchen sie mit dem Erblasser gemein haben. Zu der Hälfte des andern Teils haben sie überhaupt kein Erbrecht. Hat jedoch der andere Teil Abkömmlinge nicht hinterlassen, so geht, wenn beide Eltern verstorben sind, die ganze Erbschaft auf die halbbürtigen Geschwister des Erblassers in ihrer Eigenschaft als Abkömmlinge eines Elternteils über. Das gegenseitige Erbrecht mehrerer unehelicher Kinder nach Wegfall der Mutter ist nicht beschränkt.

4. **Alleiniges Erbrecht des überlebenden Elternteils,** wenn an Stelle des zuerst verstorbenen Teils nur dessen Voreltern oder Seitenverwandte in Frage kommen könnten.

§ 1926

Gesetzliche Erben der dritten Ordnung sind die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge[1]).

Leben zur Zeit des Erbfalls die Großeltern, so erben sie allein und zu gleichen Teilen[2]).

Lebt zur Zeit des Erbfalls von den väterlichen oder von den mütterlichen Großeltern der Großvater oder die Großmutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge[3]). Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, so fällt der Anteil des Verstorbenen dem andern Teile des Großelternpaars und, wenn dieser nicht mehr lebt, dessen Abkömmlingen zu[4]).

Leben zur Zeit des Erbfalls die väterlichen oder die mütterlichen Großeltern nicht mehr und sind Abkömmlinge der Verstorbenen nicht vorhanden, so erben die andern Großeltern oder ihre Abkömmlinge allein[5]).

Soweit Abkömmlinge an die Stelle ihrer Eltern oder ihrer Voreltern treten, finden die für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften Anwendung[6]).

E I 1968 II 1803 M 5, 364, 365 P 5, 467—469.

1. In der **dritten Ordnung** rückt die Erbfolge aufwärts bis zu den Großeltern und von diesen, soweit sie zur Zeit des Erbfalls weggefallen sind, je zur Hälfte wieder abwärts auf ihre **Abkömmlinge** (§ 1924 A 2), d. h. auf die Onkel, Tanten, Vettern und Basen des Erblassers. Daneben Erbrecht des überlebenden Ehegatten § 1931. Kein Pflichtteilsrecht § 2303.

2. Auch hier ist vorausgesetzt, daß alle, regelmäßig vier **Großelternteile** auch wirklich Erben werden (§§ 1924 A 3, 1925 A 2). Sie erben dann je 1/4. Wenn auf einer Seite im Rechtssinne nur ein Großelternteil vorhanden ist (uneheliche Geburt des Erblassers oder eines Elternteils), erhöhen sich entsprechend die Erbteile.

3. Übereinstimmend mit dem Grundsatz in § 1925 Abs 3 s. dort A 3. Halbbürtige Geschwister ebendaselbst.

4. Die dem väterlichen wie dem mütterlichen **Großelternpaare** zukommenden Hälften der Erbschaft verbleiben den von ihnen ausgehenden Linien, solange auch nur ein Glied der Linien vorhanden ist. Dabei wird jedes Großelternpaar insofern als Einheit im Sinne von § 1925 Schlußsatz behandelt, als der Anteil der einen (ausgestorbenen) Linie dem überlebenden Großelternteile oder seiner Linie, unter Ausschluß des andern Großelternpaares zufällt.

5. Erst wenn beide **Großelternlinien** der einen oder der andern Seite ganz ausgestorben sind, oder wenn sie — was dem überall gleichsteht (§ 1924 A 3) — nicht zur Erbfolge gelangen, fällt die betreffende Erbschaftshälfte dem andern Großelternpaar oder ihren Abkömmlingen zu (SeuffA 56 Nr 52). Schon nach Abs 1 und § 1930 bleiben sie in diesem Falle als alleinige Erbberechtigte übrig.

6. Vgl. § 1925 A 3.

§ 1927

Wer in der ersten, der zweiten oder der dritten Ordnung verschiedenen Stämmen angehört[1]), erhält den in jedem dieser Stämme ihm zufallenden Anteil[2]). Jeder Anteil gilt als besonderer Erbteil[3]).

E I 1967 II 1804 M 5, 363, 364 P 5, 467.

1. **Mehrfache Verwandtschaft** mit dem Erblasser kann innerhalb derselben oder mehrerer Ordnungen entstehen durch Verheiratung (§ 1310) oder durch Annahme eines Verwandten an Kindes Statt, wenn auch nur im Verhältnis des Angenommenen und seiner Abkömmlinge zum Annehmenden, §§ 1757, 1762—1764. Das Kind aus der Ehe von Geschwisterkindern gehört deshalb bei Beerbung des Urgroßvaters zu beiden Großelternstämmen. Das von der Mutter seiner Mutter angenommene uneheliche Kind beerbt die Großmutter sowohl als Kind wie als Enkel. Die Annahme durch die uneheliche Mutter selbst (§ 1741 A 1) oder die spätere Eheschließung des annehmenden Vaters mit der Mutter ändert dagegen an der Stammesangehörigkeit und deshalb am Erbrecht nichts.

2. Der mehrfach berufene Erbe wird mehrfach gezählt, vermehrt damit entsprechend die Stammesanteile und vermindert zugleich die Erbportion, wird aber durch den mehrfachen Erbteil auf Kosten der Miterben im Stamme schadlos gehalten.

3. Ebenso § 1934 bezüglich des überlebenden Ehegatten. Für **jeden Erbteil** gelten die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften (§ 1922 Abs 2). Daher Möglichkeit besonderer Verfügung aus § 2033, aber auch Haftung für die besonderen darauf ruhenden Beschwerungen und Verbindlichkeiten. Dagegen kann das Ausschlagungsrecht nur einheitlich ausgeübt werden (§ 1951 A 2). Die Vorschrift geht über §§ 1935, 2095 hinaus, wonach der sich erhöhende oder zuwachsende Erbteil nur in Ansehung der darauf ruhenden Vermächtnisse und Auflagen, sowie der Ausgleichungspflicht, als besonderer Erbteil gilt.

§ 1928

Gesetzliche Erben der vierten Ordnung sind die Urgroßeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge[1]).

Leben zur Zeit des Erbfalls Urgroßeltern, so erben sie allein[2]); mehrere erben zu gleichen Teilen, ohne Unterschied, ob sie derselben Linie oder verschiedenen Linien angehören[3]).

Leben zur Zeit des Erbfalls Urgroßeltern nicht mehr, so erbt von ihren Abkömmlingen derjenige, welcher mit dem Erblasser dem Grade nach am nächsten verwandt ist; mehrere gleich nahe Verwandte erben zu gleichen Teilen[4]).

E I 1969 II 1805 M 5, 366 P 5, 469—471.

1. In der **vierten Ordnung** rückt die Erbfolge aufwärts bis zu den Urgroßeltern und von diesen, jedoch nur wenn sie zur Zeit des Erbfalls sämtlich weggefallen sind (Abs 2 und 3), je zu einem Vierteil wieder abwärts auf ihre Abkömmlinge. Unter diesen — den entfernten Seitenverwandten des Erblassers — schließt aber der dem Grade nach nächste Verwandte alle übrigen von der Erbfolge aus. Der überlebende Ehegatte erhält die ganze Erbschaft, § 1931 Abs 2.

2. Abweichend von §§ 1925 Abs 3 und 1926 Abs 3 schließt auch nur ein einziger noch lebender und wirklich zur Erbfolge gelangender (§ 1924 A 3) **Urgroßelternteil** die Abkömmlinge vorverstorbener Urgroßeltern gänzlich aus (Schoßfallrecht).

3. Auch die Scheidung nach der Vater- und der Mutterseite und die darauf gegründete Einheit der Vorfahrenpaare (§ 1926 A 4) ist aufgegeben. Linie § 1589.

4. Abweichend von den drei ersten Ordnungen gilt von der vierten Ordnung ab (§ 1929) **Lineal-Gradual-Erbfolge.** Die von den acht in Betracht kommenden Urgroßelternteilen möglicherweise abstammenden Nachkommen gelangen, und zwar ohne jede Rücksicht auf Voll- oder Halbgeburt (§ 1925 A 3) oder auf mehrfache Verwandtschaft (§ 1927), nur dann zur Erbfolge, wenn nicht in der einen oder der andern Linie ein dem Grade nach (§ 1589 Abs 1) näherer Seitenverwandter vorhanden ist und Erbe wird (§ 1924 A 3). Auch die Erbfolge nach Stämmen (§ 1924 Abs 3) ist bezüglich der mehreren erbenden Abkömmlinge aufgegeben.

§ 1929

Gesetzliche Erben der fünften Ordnung und der ferneren Ordnungen sind die entfernteren Voreltern des Erblassers und deren Abkömmlinge[1]).

Die Vorschriften des § 1928 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung[2]).

E I 1969 II 1806 M 5, 366, 367 P 5, 469—471.

1. Das Verwandtenerbrecht des BGB ist **unbegrenzt.**

2. Auch in den späteren Ordnungen werden alle Abkömmlinge durch einen noch lebenden Vorelternteil, alle entfernteren Seitenverwandten durch den dem Grade nach nächsten Verwandten ausgeschlossen. Successio ordinum § 1930.

§ 1930

Ein Verwandter ist nicht zur Erbfolge berufen, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist[1]).

E I 1970 II 1807 M 5, 367 P 5, 471.

1. Die **Berufung** (Berufungsgrund § 1951) fällt zusammen mit dem Anfall der Erbschaft, § 1942. Auch wenn sie erst nach Wegfall eines vorher Berufenen wirksam wird, „gilt" doch der Anfall als schon mit dem Erbfall erfolgt, vorausgesetzt daß der Berufene zur Zeit des Todes des Erblassers gelebt hat oder doch erzeugt gewesen ist (vgl. § 1923 A 3). Trifft dies zu, so vollzieht sich der Anfall auch dann, wenn er zur Zeit des Wirksamwerdens der Berufung bereits verstorben ist (§ 1952). Man kann deshalb nur in beschränktem Sinne von einer sukzessiven Berufung reden. Der Grundsatz der **successio ordinum** ist schon durch Bezifferung der gesetzlichen Erbfolgeordnungen (§§ 1924—1929) ausgedrückt. Die successio graduum (§ 1928 A 4) gilt auch innerhalb der früheren Ordnungen insofern, als das Vorhandensein eines näheren Abkömmlings den entfernteren (§ 1924 Abs 2), dasjenige von Voreltern die Abkömmlinge ausschließt (§§ 1925, 1926). **Vorhandensein** ist auch hier im Sinne von Erbewerden zu verstehen (§ 1924 A 3).

§ 1931

Der überlebende Ehegatte des Erblassers[1]) ist neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Vierteile, neben Verwandten der zweiten Ordnung

oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen[2]). Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der andern Hälfte den Anteil, der nach § 1926 den Abkömmlingen zufallen würde[3]).

Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft[4])[5]).

E I 1971 Abs 1 II 1808 M 5, 367—372 P 5, 471—480; 6, 100—102 KB 306.

1. **Ehegatte des Erblassers** ist nur, wer bis zum Erbfall mit dem Erblasser in gültiger Ehe gestanden hat. Dies ist nicht der Fall, wenn die Ehe nichtig (§§ 1323—1329) oder erfolgreich angefochten (§§ 1330 ff., bes. 1342, 1343), oder infolge Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung des andern Teils aufgelöst worden ist (§ 1348 Abs 2). Auch der gutgläubige Teil hat kein Erbrecht, § 1345 spricht nur von vermögensrechtlichen, nicht von erbrechtlichen Beziehungen. Die Ehe ist ferner aufgelöst mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils (§§ 1564 ff.). Dem steht gleich, wenn der Erblasser auf Scheidung zu klagen berechtigt war und die Klage schon erhoben hatte (§ 1933). Ferner wenn auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, die auch in § 1933 der Scheidung gleichgestellt ist, erkannt und die Gemeinschaft vor dem Tode des Erblassers nicht wiederhergestellt war (§§ 1586, 1587, a. M. Staudinger A 5, d). Durch das bloße Getrenntleben der Ehegatten wird das gegenseitige Erbrecht nicht beeinträchtigt (vgl. aber EG Art 202).

2. Erste Ordnung § 1924, zweite Ordnung § 1925, Großeltern in der dritten Ordnung § 1926.

3. Der höchste mögliche Erbteil der vier **Großeltern** ist nach Vorwegnahme der Hälfte für den Ehegatten je 1/8 der Erbschaft. In dieses Achtel rücken, soweit es gemäß § 1926 Abs 3 Satz 1 nach dem Ableben eines Großelternteils seinen **Abkömmlingen** zufallen würde, nicht diese, sondern der überlebende Ehegatte ein. Dagegen bleibt in Ermangelung von Abkömmlingen der überlebende Großelternteil gemäß § 1926 Abs 3 Satz 2 auf die Erbportion des andern Teils (somit auf 2/8) oder als einziger Überlebender beider Großelternpaare auf die Hälfte = 4/8 der Erbschaft auch neben dem überlebenden Ehegatten berechtigt. Der Ehegatte kann mithin im günstigsten Falle, neben einem Großelternteil (1/8) und den Abkömmlingen dreier weggefallener Großelternteile (0) von der ganzen Erbschaft 7/8 (nicht bloß 3/4 wie Prot 6, 102) erhalten.

4. Neben dem Ehegatten haben die Onkel, Tanten, Vettern und Basen des Erblassers überhaupt kein Erbrecht.

5. Pflichtteilsrecht des Ehegatten § 2303. Mehrfaches Erbrecht § 1934. Fortgesetzte Gütergemeinschaft §§ 1483 ff. — Übergangsrecht: RG 49, 44 und JW 09, 220[10] (Rechtswirkung des nach franz. Recht geschlossenen Ehevertrags), RG 65, 249 (märkische Witwe), RG 60, 165 (westfälische Gütergemeinschaft), EG Artt 200, 213.

§ 1932

Ist der überlebende Ehegatte neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern gesetzlicher Erbe[1]), so gebühren ihm außer dem Erbteile die zum ehelichen Haushalte gehörenden Gegenstände[2]), soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind[3]), und die Hochzeitsgeschenke[4]) als Voraus. Auf den Voraus finden die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften Anwendung[5])[6]).

E I 1971 Abs 3 II 1809 M 5, 372—375 P 5, 472, 480, 481.

1. Kein **Voraus** neben Abkömmlingen, § 1924. Ebensowenig neben Abkömmlingen von Großeltern sowie Verwandten der vierten und späteren Ordnungen, da der Ehegatte in diesen Fällen ohnedies die ganze Erbschaft erhält, § 1931. Er muß **gesetzlicher Erbe** geworden sein. Der Voraus steht deshalb nicht zu dem letztwillig (§ 2066) als Erben eingesetzten Ehegatten (nicht entschieden RG 62, 110), ist nicht Gegenstand des Pflichtteilsanspruchs (§ 2303), schmälert jedoch den Pflichtteil der Eltern des Erblassers (§ 2311 Abs 1 Satz 2), kann dem Ehegatten vom Erblasser letztwillig entzogen werden, sei es durch anderweite Vergebung der Haushaltsgegenstände oder mittelbar durch übermäßige Beschwerung der Erben, und wird ohne weiteres hinfällig durch Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938). Ebenso durch Ausschlagung der Erbschaft, § 1953 Abs 1 (s. jedoch unten A 5), Erbunwürdigkeit, § 2344 (s. auch § 2345 Abs 1), Erbverzicht § 2346. Ausschluß des Voraus § 1933.

2. Als **Haushaltsgegenstände** (vgl. auch §§ 1382, 1620, 1640, 1969) kommen nur bewegliche körperliche Sachen in Betracht (§ 90), auch soweit sie als Ersatz angeschafft sind (§ 1382), nicht auch andere etwa mit Haushaltsgegenständen nach § 1381 der Frau erworbene Gegenstände (Kapitalien und Rechte). Jedoch unbeschadet des Ersatzanspruchs aus § 2169 Abs 3. Den Zwecken des Haushalts können nicht bloß Gebrauchs-, sondern auch Genußgegenstände (Zierrat, Bücher, Bilder usw.) dienen. Jedenfalls gehören nicht dazu Gegenstände des individuellen Bedarfs (Kleider, Schmuck) oder zur Berufs- und Gewerbeausübung, zu Studienzwecken, Liebhabereien u. dergl. dienende Sachen. Auch Rechte sind trotz § 90 als „zum Haushalt gehörend" nicht wohl denkbar, insbesondere nicht das Mietrecht an der Ehewohnung.

3. **Zubehör** §§ 97, 98.

4. **Hochzeitsgeschenke**, auch wenn sie aus Anlaß der Hochzeit — selbstverständlich des Erblassers mit dem überlebenden, nicht mit einem früheren Gatten — dem Erblasser für seine Person gemacht waren.

5. Der Voraus bildet ein sogen. **gesetzliches Vermächtnis** (vgl. auch § 1969). Er begründet somit nur ein Forderungsrecht, § 2174, gehört zu den Nachlaßverbindlichkeiten, § 1967, der Erbe haftet dafür nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere §§ 1991 Abs 4, 1990. Der Voraus trägt auch die Pflichtteilslast, §§ 2318, 2322. Insoweit der überlebende Ehegatte selbst beschwert ist, handelt es sich zugleich um ein Vorausvermächtnis im Sinne von §§ 2150, 2373. Er kann deshalb nicht bloß den Voraus ausschlagen und die Erbschaft annehmen, sondern auch umgekehrt (a. M. Dernburg V § 19 A 7, Staudinger A 3) die Erbschaft ausschlagen und den Voraus annehmen (vgl. auch § 2161).

6. **Beweislast.** Die Zugehörigkeit der als Voraus geforderten Gegenstände zum Haushalt hat im Zweifelsfalle der Ehegatte, daß sie gleichwohl Grundstückszubehör seien A 3), hat der Erbe zu beweisen.

§ 1933

Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten sowie das Recht auf den Voraus [1]) ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des Ehegatten zu klagen berechtigt war [2]) und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte [3]) [4]).

E II 1810 M 5, 370, 371 P 5, 472, 480 KB 308.

1. **Ausschluß des Ehegattenerbrechts.** Mit dem gesetzlichen Erbteil (§ 1931) ist zulgeich der hiernach (§ 2303) zu bemessende Pflichtteil ausgeschlossen. Ebenso der Voraus § 1932. Die gleichen Grundsätze gelten auch von letztwilligen Zuwendungen, § 2077. Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments § 2268, des Erbvertrags § 2279 Abs 2. Entziehung des Pflichtteils § 2335.

2. Nur die **auf Verschulden beruhenden Scheidungsgründe** (§§ 1565—1568) kommen in Betracht. Derjenige der Geisteskrankheit (§ 1569) genügt nicht. Das Scheidungsrecht darf auch nicht durch Verzeihung (§ 1570), Fristablauf (§ 1571) oder gemäß ZPO § 616 erloschen sein.

3. Die **Klage** muß beim Tode des Erblassers bereits **erhoben** und darf nicht wieder zurückgenommen sein (ZPO §§ 253, 271 Abs 3; Widerklage § 278). Gegenüber dieser positiven Vorschrift genügt weder Einreichung des Gesuchs nach ZPO § 207, noch Ladung zum Sühnetermin, § 1571 Abs 3 (so jetzt auch Planck A 2, c; a. M. Dernburg V § 19 A 6). Auch die bei dem unzuständigen Gericht erhobene Klage ist immerhin „erhoben". Mehr fordert das Gesetz nicht. Der Tod des Erblassers erledigt den Erbprozeß, ZPO § 628. Die Berechtigung des geltend gemachten Scheidungsgrundes muß deshalb in einem besonderen Prozesse festgestellt werden, für welchen die beschränkenden Vorschriften des § 617 ZPO keine Geltung haben. Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft § 1575. — Stirbt der schuldige Teil vor Rechtskraft des Scheidungsurteils, so bleibt der klagende Ehegatte nach wie vor erbberechtigt.

4. **Beweislast.** Wer das Erbrecht des überlebenden Ehegatten bestreitet, hat das Vorhandensein des geltend gemachten Scheidungsgrundes (vgl. aber auch § 1573) und daß die Klage beim Tode des Erblassers bereits erhoben war, zu beweisen.

§ 1934

Gehört der überlebende Ehegatte zu den erbberechtigten Verwandten, so erbt er zugleich als Verwandter[1]). Der Erbteil, der ihm auf Grund der Verwandtschaft zufällt, gilt als besonderer Erbteil[2]).

E I 1971 Abs 2 II 1811 M 5, 372 P 5, 472.

1. **Verwandtschaft des Ehegatten** kann bei der ersten Ordnung (§ 1924) nicht in Frage kommen. In der dritten und den folgenden Ordnungen hat der Ehegatte als Abkömmling von mit dem Erblasser gemeinsamen Großeltern (Geschwisterkind mit dem Erblasser) ohnedies kein besonderes Erbrecht (§ 1931 A 4). Es bleiben deshalb praktisch nur Fälle der zweiten Ordnung übrig (Heirat zwischen Onkel und Nichte, Großonkel und Großnichte usw.).

2. **Besonderer Erbteil.** Gleichlautend mit § 1927, s. dort A 3.

§ 1935

Fällt ein gesetzlicher Erbe[1]) vor oder nach dem Erbfalle weg[2]) und erhöht sich infolgedessen der Erbteil eines andern gesetzlichen Erben[3]), so gilt der Teil, um welchen sich der Erbteil erhöht[4]), in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser Erbe oder der wegfallende Erbe beschwert ist, sowie in Ansehung der Ausgleichungspflicht[5]) als besonderer Erbteil[6]) [7]).

E I 1973 II 1812 M 5, 377, 378 P 5, 483, 484.

1. Das BGB spricht bei der **gesetzlichen Erbfolge** (§§ 1924 ff.) von „Erhöhung" des Erbteils. Bei der gewillkürten Erbfolge und beim Vermächtnis gebraucht es die Bezeichnung „Anwachsung", trifft aber sachlich die gleichen Vorschriften (§§ 2094, 2095 und §§ 2158, 2159). Die entsprechende Anwendung des § 1935 ist deshalb auch dann geboten, wenn der wegfallende Erbe letztwillig auf einen Bruchteil der Erbschaft berufen war, und dieser Bruchteil nunmehr dem gesetzlichen Erben anfällt.

2. Der **Erbe kann vor dem Erbfall wegfallen:** durch Tod, obwohl er, wenn er den Erblasser nicht überlebt, streng genommen gar nicht als Erbe bezeichnet werden dürfte (§ 1923 A 1). Ferner durch Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge, § 1938, und durch Erbverzicht, § 2346. **Nach dem Erbfall** kommt der Tod des Erben nicht in Frage, da sich die einmal angefallene Erbschaft auf die Erbeserben weiter vererbt, § 1952 Abs 1. Wohl aber, wenn die Leibesfrucht nicht lebend geboren wird (§ 1923 A 3). Ferner tritt der Wegfall durch Ausschlagung (§ 1953) oder Erbunwürdigkeit (§ 2344) des zunächst Berufenen ein.

3. Es ist vorausgesetzt, daß dem **andern gesetzlichen Erben** bereits kraft eignen Rechtes ein Erbteil angefallen war und daß ihm nun erst, infolge des Wegfalls des neben ihm Berufenen, ein zweiter oder fernerer Erbteil anfällt.

4. Die mehreren in dieser Weise vereinigten gesetzlichen, somit auf demselben Berufungsgrunde beruhenden Erbteile gelten grundsätzlich als ein einheitlicher Erbteil, der nur **erhöht**, d. h. nur dem Umfange nach vermehrt ist. Er kann insbesondere nur einheitlich angenommen oder ausgeschlagen werden. Dieser Grundsatz wird in den unmittelbar folgenden Bestimmungen lediglich aus Billigkeitsgründen durchbrochen.

5. **Nur in Ansehung der Vermächtnisse** (§§ 2147 ff.), der **Auflagen** (§§ 2192 ff.) und der **Ausgleichungspflicht** (§§ 2050 ff.) wird es so angesehen, als wenn „die mehreren Erbteile verschiedenen Erben gehören" (so § 2007). Dadurch wird verhütet, daß der Erbe die auf dem ursprünglichen Erbteil ruhenden Überschwerungen aus dem hinzuerworbenen freien Erbteil zu decken genötigt wird oder umgekehrt (§§ 2161, 2192).

6. **Besonderer Erbteil.** Die Besonderheit ist gegenüber der allgemeinen Fassung in §§ 1927 (s. A 3) und 1934 a. E. hier nur in dem eingeschränkten Sinne der A 5 zu verstehen. Namentlich ist ein besonderes Ausschlagungsrecht und die Möglichkeit besonderer Verfügung aus § 2033 hier nicht gegeben. S. dagegen beim Erbschaftskauf § 2373.

7. Die **Beweislast,** daß und inwieweit es sich um einen besondern Erbteil handelt, trifft den Erben, der wegen der Beschwerung auf Haftung mit dem ganzen erhöhten Erbteil in Anspruch genommen ist.

§ 1936

Ist zur Zeit des Erbfalls weder ein Verwandter noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden,[1]) so ist der Fiskus des Bundesstaats, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehört hat[2]), gesetzlicher Erbe[3]). Hat der Erb-

lasser mehreren Bundesstaaten angehört, so ist der Fiskus eines jeden dieser Staaten zu gleichem Anteile zur Erbfolge berufen[2]).

War der Erblasser ein Deutscher, der keinem Bundesstaat angehörte, so ist der Reichsfiskus gesetzlicher Erbe[4]).

E I 1974 Abs 1 II 1813 M 5, 378, 379 P 5, 484—487 KB 309.

1. Erbrecht der Verwandten §§ 1924—1930, des Ehegatten §§ 1931—1934. Vorhandensein auch hier im Sinne von Erbewerden, s. § 1924 A 3.

2. Die **Staatsangehörigkeit des Erblassers** bestimmt sich nach BG v. 1. 6. 70 verb. mit Artt 5, 41 EGzBGB. War der deutsche Erblasser zugleich fremder Staatsangehöriger, so wird dadurch in Ermangelung von Staatsverträgen das Erbrecht des deutschen Fiskus nicht geschmälert. Es ergreift grundsätzlich (s. jedoch Art 28 EG) auch die im Ausland befindlichen Nachlaßgegenstände (**RG** 31. 5. 06 IV 573/05). Der Wohnsitz kann nach Art 29 EG nur maßgebend werden, wenn der Erblasser keinem Staate angehörte. Nach Landesrecht können an Stelle des Fiskus andere Körperschaften usw. des öffentlichen Rechtes treten, EG Art 138. Besonderes Erbrecht des Fiskus am Nachlaß verpflegter und unterstützter Personen Art 139. Unter den mehreren erbenden Bundesstaaten entsteht Erbengemeinschaft, §§ 2302 ff. Entsprechende Anwendung beim Heimfall des Vereinsvermögens §§ 45, 46.).

3. Der **Fiskus** ist **wahrer Erbe** im privatrechtlichen Sinne. Besonderheiten seines Erbrechts sind: er kann nicht ausgeschlossen werden, § 1938, darf aber als gesetzlicher Erbe auch nicht ausschlagen, § 1942, und kann nicht verzichten, § 2346. Sein Erbrecht ist immer vom Nachlaßgericht festzustellen, §§ 1964—1966. Es kann ihm keine Inventarfrist bestimmt werden, doch ist er zur Auskunftserteilung verpflichtet, § 2011. Das gegen ihn ergehende Urteil bedarf nicht des Vorbehalts aus ZPO § 780. Er wird in den Fällen der §§ 2104, 2149 nicht Nacherbe oder Vermächtnisnehmer, kann aber Vorerbe sein, § 2105. — Materiell beschränkt ist das Erbrecht des Fiskus durch LitUrhG v. 19. 6. 01 § 8 Abs 2 und KunstSchG v. 9. 1. 07 § 10 Abs 2.

4. Ausländern, die sich in den deutschen Schutzgebieten niederlassen und Eingebornen kann durch Naturalisation unmittelbar die **Reichsangehörigkeit** verliehen werden, SchutzgebG v. 10. 9. 00 § 9.

§ 1937

Der Erblasser kann durch einseitige Verfügung von Todes wegen (Testament, letztwillige Verfügung) den Erben bestimmen[1]).

E I 1753 Abs 1, 1755 Abs 1 II 1814 M 5, 6, 9 P 5, 5.

1. Unter der Bezeichnung: **Verfügung von Todes wegen** (vgl. auch §§ 83, 1948, 2289, 2302, 2339) faßt das BGB zusammen sowohl die einseitigen, als die zweiseitigen Verfügungen, soweit sie bestimmen, wie es nach dem Tode des Erblassers mit seinem Vermögen gehalten werden soll. Das Rechtsgeschäft unter Lebenden, durch das schon bei Lebzeiten des Erblassers wirksame Rechte und Verpflichtungen begründet werden, wird nicht dadurch zur Verfügung von Todes wegen, daß die Erfüllung der vom Erblasser übernommenen Verpflichtung (Vergütung für Auszugsleistungen) auf die Zeit nach seinem Tode hinausgeschoben wird (**RG** 8. 4. 07 IV 424/06). Unter **einseitigen Verfügungen** versteht es, indem es zwischen beiden Bezeichnungen abwechselt, das **Testament** oder die letztwillige Verfügung. Die näheren Bestimmungen über die Testamente enthält der 3. Abschnitt §§ 2064 bis 2273. Kodizille sind dem Gesetze nicht bekannt. Die Bestimmung des Erben, worüber §§ 2087—2099 und bezüglich des Nacherben §§ 2100—2146 näheres enthalten, ist zum Begriff des Testamentes nicht notwendig (vgl. auch § 1938). Unter **letztwilliger Verfügung** versteht das Gesetz sowohl das Rechtsgeschäft im Ganzen, den vom Erblasser betätigten Willensakt = Testament, als auch einzelne darin getroffene Anordnungen (so sehr häufig im Gebiete des Familienrechts, im Erbrechte z. B. §§ 2085, 2203, 2253). Im Gegensatz zu den einseitigen Verfügungen steht als zwei- oder auch mehrseitige Verfügung der Erbvertrag, § 1941. Doch sind auch im Erbvertrag einseitige Verfügungen zugelassen, § 2299. In der Testierfreiheit selbst kann der Erblasser sich auch vertragsmäßig nicht wirksam beschränken § 2302.

§ 1938

Der Erblasser kann durch Testament[1]) einen Verwandten oder den Ehegatten von der gesetzlichen Erbfolge[2]) ausschließen, ohne einen Erben einzusetzen[3]).

E I 1755 Abs 2 1972 II 1815 M 5, 9, 376 P 5, 5, 483.

1. Durch einseitige Verfügung im **Testament** (§ 1937) oder im Erbvertrag (§ 2299); dagegen nicht durch vertragsmäßige Verfügung (§ 2278 Abs 2).

2. Gesetzliche Erbfolge **der Verwandten** §§ 1924—1930, des **Ehegatten** §§ 1931—1934. Dagegen kann der Fiskus nicht ausgeschlossen werden (§ 1936 A 3).

3. Die **Ausschließung** kann ausdrücklich, aber auch stillschweigend, insbesondere dadurch erklärt werden, daß der Erblasser den ganzen Nachlaß einem Fremden oder einem erst in einer späteren Ordnung berufenen gesetzlichen Erben oder nur einem von mehreren gleichmäßig Berufenen zuwendet oder daß er für den betreffenden Angehörigen nur ein Forderungsrecht auf den Pflichtteil begründet. Der Ausgeschlossene gilt als bereits vor dem Erbfall weggefallen, wie wenn er vor dem Erblasser verstorben wäre (§ 1935 A 2, § 1924 A 3). Doch erstreckt sich die Ausschließung im Zweifel nicht auch auf die Abkömmlinge des Ausgeschlossenen, **RG** 61, 16. Auch teilweise und bedingte Ausschließung ist zulässig, der Angabe eines Grundes bedarf es nicht. Dem Ausgeschlossenen verbleibt der Pflichtteilsanspruch aus § 2303, wenn er Abkömmling, Elternteil oder Ehegatte des Erblassers ist. Entziehung auch des Pflichtteilsanspruchs §§ 2333 ff. „Übergehung" des Pflichtteilsberechtigten § 2079. — Ausschließung eines Abkömmlings von der fortgesetzten Gütergemeinschaft, § 1511.

§ 1939

Der Erblasser kann durch Testament[1]) einem andern, ohne ihn als Erben einzusetzen[2]), einen Vermögensvorteil[3]) zuwenden[4]) (Vermächtnis)[5]).

E I 1756 Abs 1 II 1816 M 5, 9, 10 P 5, 6.

1. Durch einseitige Verfügung im **Testament** (§ 1937), aber auch — einseitig oder vertragsmäßig — im Erbvertrag (§§ 1941, 2299, 2278, 2279). Also nicht formlos (kein Oralfideikommiß).

2. Der **Vermächtnisnehmer** ist, im Gegensatz zum **Erben** (§ 1922 A 1) nicht Gesamtnachfolger. Es kann deshalb weder die ganze Erbschaft noch ein Erbschaftsbruchteil Gegenstand des Vermächtnisses sein (§ 2087). Er ist auch nicht Einzelnachfolger in dem Sinne, daß der vermachte Gegenstand kraft des Vermächtnisses unmittelbar auf ihn überginge (kein Vindikationslegat). Er erlangt vielmehr lediglich ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten, § 2174, und ist, wenn der Erbe beschwert ist, Nachlaßgläubiger, § 1967 Abs 2. Dagegen steht aus der Auflage kein Recht auf Leistung zu, § 1940.

3. **Vermögensvorteil.** Nach dem von der 2. Kommission beschlossenen klaren Wortlaut des Gesetzes kann nicht angenommen werden, daß auch bloß ideelle Vorteile, Annehmlichkeiten u. dergl. (Recht im Park zu lustwandeln, Familienpapiere einzusehen) Gegenstand des Vermächtnisses sein könnten (a. M. Planck A 2). Im übrigen versteht sich der Vermögensvorteil im weitesten Sinne. Auch bloße Erwerbsmöglichkeiten (§ 1922 A 5) oder bloß mittelbare Vorteile gehören dazu. So das Recht zur literarischen Verwertung von Aufzeichnungen (**RG** 26. 9. 04 IV 76/04), Verzicht auf Geltendmachung dem Bedachten entgegenstehender Rechte (**RG** 8. 11. 06 IV 155/06), Ermächtigung zur Kreditverschaffung durch Belastung der Nachlaßgrundstücke während des gleichzeitig vermachten Nießbrauchs (**RG** Warn 08 Nr 168). Der Vorteil kann auch in dem bloßen Anerkenntnis oder der Sicherung eines dem Bedachten bereits zustehenden Rechtes bestehen (§ 2173 A 2, b), braucht deshalb den Bedachten nicht notwendig zu bereichern. Ebenso in dem Verzicht auf bestellte Sicherheiten. Nicht vorausgesetzt ist, daß der Vermächtnisgegenstand bereits zum Vermögen des Erblassers gehört hat. So beim Verschaffungsvermächtnis § 2170.

4. **Zuwendung.** Das Gesetz versteht hierunter, wie bei der Schenkung (§ 516), der Ausgleichung (§ 2050), dem Pflichtteil (§§ 2315 ff.) und anderwärts im allgemeinen die rechtsgeschäftliche Übereignung eines Gegenstandes in das Vermögen des Empfängers. Die Zuwendung braucht nicht notwendig, wie bei der Schenkung eine unentgeltliche zu sein. Sie muß aber die Verschaffung eines Vermögensvorteils für den Bedachten zum Zweck haben und deshalb von Freigebigkeit wenigstens mit beeinflußt sein. Sie muß endlich, soweit nicht sogleich geleistet ist, auf Begründung eines Forderungsrechtes für den Bedachten gerichtet sein. Es ist deshalb nicht Vermächtnis, was dem andern nur mittelbar dadurch zukommt, daß ihm der Beschwerte zur Erfüllung einer ihm vom Erblasser gesetzten Bedingung eine Zuwendung macht (conditionis implendae causa), wenn nicht durch Auslegung dennoch Vermächtniswille auf seiten des Erblassers ermittelt wird. — Als Vermächtnis wird nicht aufgefaßt, wenn beim Vertrage zugunsten Dritter der Versprechensempfänger den berechtigten Dritten, wie ihm im Zweifel nachgelassen ist, in einer Verfügung von Todes wegen bezeichnet, § 332.

5. **Vermächtnis** im einzelnen, §§ 2147—2191. Sogen. gesetzliche Vermächtnisse: der Voraus des überlebenden Ehegatten § 1932, der Anspruch auf den sogen. Dreißigsten § 1969, nicht dagegen der Unterhaltsanspruch der Mutter des noch ungeborenen Erben § 1963 A 5. Ebenso nach Landesrecht das dem Fiskus usw. zustehende Recht auf bestimmte Sachen versorgter Personen, **EG** Art 139. — Schenkung von Todes wegen, § 2301.

§ 1940

Der Erblasser kann durch Testament[1]) den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten[2]), ohne einem andern ein Recht auf die Leistung zuzuwenden[3]) (Auflage)[4]).

E I 1757 II 1817 M 5, 10, 11 P 5, 6, 7.

1. Durch einseitige Verfügung im **Testament** (§ 1937), aber auch — einseitig oder vertragsmäßig — im Erbvertrag (§§ 1941, 2299, 2278, 2279).

2. Die **Auflage** hat mit dem Vermächtnis (§ 1939) gemeinsam, daß sie **den Beschwerten zu einer Leistung verpflichtet,** unterscheidet sich aber dadurch, daß dem als Empfänger der Leistung in Betracht kommenden andern kein Forderungsrecht eingeräumt ist. Es kann deshalb auch nicht von einer ihm gemachten Zuwendung gesprochen werden (§ 1939 A 4). Es kann auch an einem möglichen Empfänger der Leistung ganz fehlen, z. B. Verpflichtung ein Grab zu pflegen. Die Leistung kann in einem Tun oder Unterlassen irgendwelcher Art bestehen (§ 241). Abweichend vom Vermächtnis (§ 1939 A 3) braucht sie nicht vermögensrechtlichen Inhalts zu sein. Nichtig ist nicht bloß die Auflage unsittlicher (§ 138), unmöglicher und ungesetzlicher (§§ 2171, 2192), sondern auch diejenige „unvernünftiger und lächerlicher Leistungen" (Dernburg § 86, III a. E.). Auch eine dem Beschwerten selbst in seinem eignen Interesse erteilte Auflage (seiner Gesundheit halber den Winter an der Riviera zuzubringen) kann, wenn sie nicht bloß als Ratschlag, sondern als förmliche Verpflichtung gemeint ist, wirksame Auflage sein.

3. Dem mit der Auflage Beschwerten steht **kein auf die Leistung Berechtigter** gegenüber. Doch finden gewisse für letztwillige Zuwendungen geltende Vorschriften entsprechende Anwendung, § 2192. Auch ist gewissen Personen und Behörden (§ 2194), sowie dem Testamentsvollstrecker (§§ 2203, 2208 Abs 2) das Recht verliehen, die Vollziehung der Auflage zu verlangen.

4. **Auflage** im einzelnen §§ 2192—2196, Beschwerungen des Vermächtnisnehmers mit Auflagen §§ 2186—2189. Schenkung unter einer Auflage §§ 525—527. Die Auflage ist begrifflich verschieden von der Zuwendung unter der Bedingung einer Leistung. Die Leistung, als Erfüllung der Bedingung, ist hier in das Belieben des Bedachten gestellt, während er bei der Auflage dazu verpflichtet ist. — Zu den Auflagen gehören, weil lediglich die Beschwerten verpflichtend, Veräußerungsverbote (§ 137), die Anordnung eines Schiedsgerichts für den Fall entstehender Streitigkeiten (ZPO § 1048), Bestimmungen wegen der Bestattung (§ 1968 usw.). Ob Teilungsanordnungen (§ 2048 u. § 2306, wo sie neben Auflagen erwähnt sind), sowie Anordnungen wegen Ausgleichung von Vorempfängen (§ 2050) zu den Auflagen zu rechnen sind, hängt davon ab, ob den hierdurch benachteiligten Miterben lediglich Verpflichtungen auferlegt oder ob den dadurch begünstigten zugleich entsprechende Rechte zugewendet sein sollten. Den Ausschlag gibt der zu ermittelnde Wille des Erblassers. Nicht selten wird sich hinter einer Teilungsanordnung oder hinter dem Erlaß der Ausgleichungspflicht ein reines Vermächtnis verbergen (vgl. auch § 2048 A 1). Auch **die Verbindlichkeiten aus Auflagen sind Nachlaßverbindlichkeiten, § 1967.**

§ 1941

Der Erblasser kann durch Vertrag[2]) einen Erben einsetzen sowie Vermächtnisse und Auflagen anordnen[3]) (Erbvertrag)[1]).

Als Erbe (Vertragserbe) oder als Vermächtnisnehmer kann sowohl der andere Vertragschließende[4]) als ein Dritter bedacht werden[5]).

E I 1940 Abs 1, 2; 1962 II 1818 M 5, 310—314, 349, 350 P 5, 365—374, 423.

1. Der **Erbvertrag** ist Unterart der Verfügung von Todes wegen (§ 1937 A 1). Sein Inhalt ist, soweit die Verfügung zweiseitig oder vertragsmäßig getroffen wird, auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen beschränkt, § 2278 Abs 1. Daneben sind jedoch ebensolche und beliebige andere in Testamenten zu treffende Anordnungen auch als einseitige Verfügungen zulässig, § 2299. Erbvertrag im einzelnen, §§ 2274—2302.

2. Der Erbvertrag ist einheitlicher **Vertrag** erbrechtlichen Inhalts, keine Mischung zwischen Testament und obligatorischem Rechtsgeschäft unter Lebenden (bloß schuldrechtlich gedacht ist der, übrigens nichtige Vertrag in § 2302). Die Vertragsnatur äußert sich darin, daß er grundsätzlich unwiderruflich ist (s. jedoch §§ 2290 ff.), der erbrechtliche Charakter darin, daß seine Bestimmungen erst nach, aber auch sogleich mit dem Tode des zuerst verstorbenen Vertragschließenden wirksam werden. Nicht ausgeschlossen ist, mit Hilfe des § 140 gegebenenfalls einen nichtigen Erbvertrag als Testament aufrecht zu erhalten.

3. Der Erbvertrag ist **Erbeinsetzungsvertrag, Vermächtnisvertrag, Auflagevertrag,** wenn er sich auf eine der betreffenden Anordnungen beschränkt. Alle drei können aber auch in demselben Vertrag verbunden werden. Nicht Erbvertrag und besonders geregelt ist der Erbverzicht, §§ 2346—2352. Rein schuldrechtlich wirkt der Vertrag zwischen Erben über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, § 312.

4. Von den **Vertragsschließenden** muß der eine Teil notwendig als Erblasser auftreten, indem er eine der drei (A 3) erwähnten Verfügungen trifft. Soweit dies geschieht, kann hüben wie drüben nur eine Einzelperson in Frage kommen. Der andere vertragschließende Teil braucht nicht notwendig als Vertragserbe oder Vertragsvermächtnisnehmer vom Vertragsgegner bedacht zu werden. Es genügt, daß er die zu seinem Gunsten oder zugunsten Dritter getroffenen Verfügungen oder die ihn bloß verpflichtenden Auflagen des erblassenden Teils annimmt. Beschränken sich hierauf seine Erklärungen, so kann der bloß annehmende Teil auch aus mehreren Personen bestehen (Erbvertrag des Witwers mit seinen Kindern). Eine besondere Beziehung der Vertragsschließenden zueinander (Ehegatten, Verlobte, Verwandte) wird vom Gesetze nicht gefordert. Gemeinschaftliches Testament der Ehegatten, §§ 2265—2273.

5. Der **bedachte Dritte** erlangt im Gegensatz zu den entsprechenden Verträgen unter Lebenden (§ 328) durch den Abschluß des Erbvertrags, auch wenn er darin vertragsmäßig und nicht bloß einseitig (§ 2299) bedacht ist, keinerlei Rechte. Sein Recht als Erbe oder Vermächtnisnehmer entsteht erst mit dem Erbfall, wenn der Erbvertrag in diesem Zeitpunkte noch wirksam ist (vgl. auch §§ 2294, 2295, 2352). Aus einer bloßen Auflage erlangt er überhaupt kein Forderungsrecht (§ 1940). — Der Gutsüberlassungsvertrag, durch den regelmäßig der Übernehmer zu bestimmten nach dem Tode des Überlassenden zahlbaren Leistungen an Geschwister als Abfindung auf ihr Erbrecht verpflichtet wird, kommt nur als Vertrag unter Lebenden in Betracht.

Zweiter Abschnitt

Rechtliche Stellung des Erben

Erster Titel

Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

§ 1942

Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechtes über, sie auszuschlagen[1]) (Anfall der Erbschaft)[2]).

Der Fiskus kann die ihm als gesetzlichem Erben angefallene Erbschaft nicht ausschlagen[3]).

E I 1974 Abs 2, 2025 Abs 1 II 1819 M 5, 379, 380, 488 P 5, 487—490, 613 KB 309.

1. Daß die **Erbschaft** (oder der Erbteil) mit dem Erbfall **unmittelbar kraft des Gesetzes übergeht,** bringt schon § 1922 zum Ausdruck (A 1). Es macht keinen Unterschied, ob der Erbe durch Gesetz oder durch Verfügung von Todes wegen berufen ist. Der Pflichtteilsberechtigte ist im Zweifel nicht Erbe, sondern Erbschaftsgläubiger (§§ 2304, 1967 Abs 2). Durch Gewährung des **Ausschlagungsrechtes** kennzeichnet das Gesetz den Erbschaftserwerb als einen noch nicht endgültigen. Kommt es zur Ausschlagung (§§ 1943 ff.), so wird fingiert, daß ein Erwerb überhaupt nicht stattgefunden habe (§ 1953 Abs 1). Solange mithin der Erbe sich noch nicht für Annahme oder Ausschlagung entschieden hat, besteht trotz des ipso jure geschehenen Übergangs ein Schwebezustand, dem auch das Gesetz durch besondere Schutzbestimmungen zugunsten des noch überlegenden Erben Rechnung trägt (§§ 207, 1958, 1995 Abs 2, ZPO §§ 239 Abs 5, 778, 779 Abs 2 und RG 60, 179). Bis dahin gehört die Erbschaft nicht in dem Sinne zum Vermögen des Erben, daß die Ausschlagung eine Vermögensveräußerung enthielte (vgl. auch §§ 517, 1406 Nr 1, 1453 Abs 1, KO § 9). Die Ausschlagung kann deshalb auch nicht von den Gläubigern des Erben als sie benachteiligend angefochten werden (RG 54, 289). Vererblichkeit des Ausschlagungsrechtes § 1952.

2. **Anfall der Erbschaft** bedeutet den „vorläufigen Erwerb der Erbschaft, der durch Ausschlagung noch rückgängig gemacht werden kann" (M 5, 488). Anfall der Nacherb-

schaft § 2139, des Vermächtnisses § 2176. Zuwendung unter aufschiebender Bedingung § 2074. Auch bei Wegfall des zunächst Berufenen gilt der Anfall an den nachrückenden Erben als schon mit dem Eintritt des Erbfalls erfolgt (§§ 1935 A 2, 1953 Abs 2, 2344 Abs 2).

3. Der **Fiskus kann nicht ausschlagen,** auch nicht ausgeschlossen werden (§ 1938 A 2) noch auf die Erbschaft verzichten (§ 2346 A 2), soweit ihm die Erbschaft als gesetzlichem Erben anfällt (§ 1936), wohl aber, wenn er durch Verfügung von Todes wegen berufen ist. — Feststellung des fiskalischen Erbrechts §§ 1964—1966.

§ 1943

Der Erbe kann die Erbschaft nicht mehr ausschlagen, wenn er sie angenommen hat[1]) oder wenn die für die Ausschlagung vorgeschriebene Frist verstrichen ist[2]); mit dem Ablaufe der Frist gilt die Erbschaft als angenommen[3]) [4]).

E I 2029 II 1880 M 5, 494—497 P 5, 618—620; 6, 336—338.

1. Der zur Erbschaft Berufene ist mit dem Erbfall bereits wirklicher, wenn auch nur vorläufiger Erbe geworden (§ 1942 A 1). Die **Annahme der Erbschaft,** an sich überflüssig, macht ihn aber zum endgültigen Erben, indem sie ihn des Ausschlagungsrechtes, abgesehen von §§ 1954 ff. unwiderruflich verlustig gehen läßt. Als Rechtsverzicht ist sie einseitige, und zwar (im Gegensatze zur Ausschlagung § 1945) nicht empfangsbedürftige, an keine Form gebundene Willenserklärung. Sie muß die Absicht, Erbe sein zu wollen, erkennen lassen. Diese Absicht wird bei der ausdrücklichen Annahme in der Regel anzunehmen sein, wenn sie gegenüber Miterben und andern Nachlaßbeteiligten, Nachlaßgläubigern, dem Nachlaßgericht oder wenn sie in urkundlicher Form abgegeben wird. Erfolgt sie gegenüber einem gänzlich Unbeteiligten, so wird ein rechtsgeschäftlicher Inhalt der Erklärung regelmäßig zu verneinen sein. — Als Willenserklärung unterliegt die Annahme den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes über Geschäftsunfähigkeit §§ 104, 105, beschränkte Geschäftsfähigkeit §§ 106, 107, 111, 114, 115, Willenserklärungen §§ 116 ff., Vertretung, Vollmacht §§ 164 ff., Einwilligung, Genehmigung §§ 182 ff. Die Frau bedarf zur Annahme (wie zur Ausschlagung) nicht der Zustimmung des Mannes, §§ 1406 Nr 1, 1453, der gesetzliche Vertreter nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (anders bei der Ausschlagung §§ 1822 Nr 2, 1915, 1643 Abs 2). Besondere Vorschriften enthalten §§ 1946 ff., bezüglich der Anfechtung §§ 1954—1957, sowie KO § 9. — Von Bedeutung ist, daß nach allgemeinen Grundsätzen die Annahme auch stillschweigend erfolgen kann: pro herede gestio. Das Gesetz hat hierfür besondere Merkmale nicht aufgestellt. Aus § 1959 ist immerhin zu entnehmen, daß die bloße Einmischung in den Nachlaß, die Besorgung erbschaftlicher Geschäfte, selbst Verfügungen über Nachlaßgegenstände und die Mitwirkung an Erfüllungsgeschäften gegenüber dem Nachlaß nicht notwendig Annahme der Erbschaft bedeuten müssen. Es wird auf die Umstände ankommen, ob aus dem Verhalten des Berufenen der Wille, Erbe zu sein, gefolgert werden kann. Die Verwahrung gegen den Annahmewillen schützt nicht, wenn sie mit dem sonstigen Verhalten in offenbarem Widerspruch steht. Jedenfalls handelt es sich auch bei der pro herede gestio immer um Willenserklärungen. Die oben angezogenen allgemeinen Vorschriften kommen deshalb auch hier zur Geltung. — Annahme des Vermächtnisses § 2180.

2. **Ausschlagungsfrist** § 1944. Das Gesetz spricht nicht wie in § 1956 von Versäumung der Frist, sondern knüpft den Verlust des Ausschlagungsrechtes objektiv an den Fristablauf.

3. Die **Annahme infolge Fristablaufs** ist eine **Fiktion** („gilt") des Gesetzes und spricht nur positiv aus, was im vorhergehenden Satze negativ bestimmt ist. Auf diese kraft Gesetzes eintretende Annahme finden daher die A 1 besprochenen Sätze keine Anwendung. Z. B. wird auch der geschäftsunfähige Erbe durch Ablauf der Frist ohne weiteres zum „annehmenden", endgültigen Erben. Feststellungsklage, daß der Betreffende bereits Erbe geworden, seine Ausschlagung deshalb unwirksam sei, ist zulässig (RG JW 06, 569[40]). — Gleiche Grundsätze bei Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft § 1482.

4. **Beweislast.** Der Erbe wird kaum in die Lage kommen, zu seinen Gunsten die Annahme der Erbschaft nachweisen zu müssen, da sie in der gerichtlichen Geltendmachung des Erbrechts immer von selbst enthalten ist (vgl. jedoch §§ 2014, 2015). Gegenüber dem Erben genügt regelmäßig der Nachweis des Erbfalls und des Berufungsgrundes. Ergibt sich nicht schon hieraus, z. B. durch Fristablauf die Annahme, so muß sie vom Kläger besonders bewiesen werden, § 1958 A 1). Schützt der Erbe Ausschlagung der Erbschaft vor, so hat er, wenn deren Rechtzeitigkeit bestritten wird und nicht ohne weiteres erhellt, auch die nach § 1944 Abs 2, 3 für die Fristberechnung ihm zugute kommenden besondern Umstände zu beweisen (z. T. a. M. Planck A 7, Staudinger A II gegen Dernburg § 148 A VI). Es ist Replik, wenn

demgegenüber behauptet wird, der Erbe habe schon vor der Ausschlagung ausdrücklich oder stillschweigend (durch pro herede gestio) angenommen gehabt.

§ 1944

Die Ausschlagung kann nur binnen sechs Wochen erfolgen[1]).

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung[2]) Kenntnis erlangt[3]). Ist der Erbe durch Verfügung von Todes wegen berufen[2]), so beginnt die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung[4]). Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 entsprechende Anwendung[5]).

Die Frist beträgt sechs Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat[6]) oder wenn sich der Erbe bei dem Beginne der Frist im Ausland aufhält[7]) [8]).

E I 2030 II 1821 M 5, 497—501 P 5, 620, 623.

1. **Sechswöchige Ausschlagungsfrist.** Berechnung §§ 187 Abs 1, 188 Abs 2, 3, 193. Sie ist gesetzliche Ausschlußfrist, kann deshalb weder vom Erblasser noch vom Nachlaßgericht verlängert werden. Nur mittelbar kann der Erblasser eine Verkürzung dadurch herbeiführen, daß er den Erben unter der Bedingung der Annahme innerhalb kürzerer Frist einsetzt. — Anfechtung der Fristversäumung § 1956.

2. **Fristbeginn** für den Erben, und zwar für jeden Miterben besonders **mit erlangter Kenntnis von dem Anfall,** d. h. dem Tode des Erblassers oder seiner Todeserklärung (§ 1922 A 4) sowie davon, daß der sonstige Tatbestand vorliegt, der sein vorläufiges Erbewerden zur Folge gehabt hat (§ 1942 A 2). Dem noch ungeborenen Erben (§ 1923) läuft die Frist nicht vor der Geburt. Ist **Berufungsgrund** (s. auch § 1951) das Gesetz (§§ 1924—1936), so muß sich die Kenntnis des Erben erstrecken auf das Bestehen des die Erbfolge rechtfertigenden verwandtschaftlichen oder ehelichen Verhältnisses. Ferner darauf, daß etwaige ihm vorgehende Berechtigte vor oder nach dem Erbfall weggefallen sind (§ 1935 A 2). Endlich negativ darauf, daß die gesetzliche Erbfolge nicht durch letztwillige Verfügung beseitigt ist. War dies geschehen, ist aber die Verfügung von vornherein oder durch späteren Widerruf oder aus andern Gründen hinfällig geworden, so beginnt die Frist mit der Kenntnis von der Unwirksamkeit der dem gesetzlichen Erbrecht entgegenstehenden Verfügung, z. B. durch Mitteilung des Nachlaßgerichts (§ 1953 Abs 3). Ist der Berufungsgrund eine Verfügung von Todes wegen, so beginnt die Frist nicht vor deren Verkündung (A 3, 4). — Beginn der Ausschlagungsfrist für den Nacherben § 2142 A 1, für den Pflichtteilsberechtigten § 2306.

3. Der Erbe muß **Kenntnis erlangt** haben (so auch §§ 1954 Abs 2, 2024, 2082, 2306 Abs 1, 2332 Abs 1). Kennenmüssen (§ 122) ist dem nicht, wie z. B. in § 2140 gleichgestellt. Vielmehr wird bestimmte und überzeugende Kenntnis aller für das Erbewerden wesentlichen Tatumstände erfordert (RG JW 02 Beil 232[102]). Irrtum über den Berufungsgrund § 1949 Abs 1. Handelt es sich um eine Berufung durch Verfügung von Todes wegen, so muß ihm deren Inhalt, wenn auch nicht Wortlaut so genau bekannt geworden sein, daß er ihre Gültigkeit und die rechtliche Tragweite seiner Berufung zu übersehen vermag (vgl. auch § 2306 u. RG 70, 362). Auch der verschuldete Irrtum und Rechtsirrtum (RJA 8, 181) können die Kenntnis im Sinne des Gesetzes ausschließen. Gleichgültig ist dagegen, ob er die rechtliche Natur der ihn berufenden Verfügung (Testament, Erbvertrag) richtig erkennt oder wenn er über die Höhe des ihm zugewendeten Erbteils irrt. — Kenntnis des Vertreters genügt nach allgemeinen Grundsätzen, um die Frist auch gegen den Vertretenen in Gang zu setzen, wenn es sich um den gesetzlichen Vertreter handelt. Hatte der Erbe einen gewillkürten Vertreter allgemein oder selbst mit Rücksicht auf eine bestimmte etwa bevorstehende Erbschaft zur Ausschlagung ermächtigt, so kann er sich selbstverständlich nicht hinter die spätere Kenntnis des Vertreters flüchten, wenn er selbst früher Kenntnis erlangt hatte. Umgekehrt kann ihm aber auch die frühere Kenntnis des Vertreters nicht nachteilig werden. § 166 bezieht sich auf die rechtlichen Folgen abgegebener Willenserklärungen, nicht auf die für deren Abgabe gesetzten Fristen. Hierfür läßt das Gesetz die Kenntnis des Erben maßgebend sein. Der Erbe kann wohl seine Vertretung im Willen, nicht aber im Wissen auf einen andern übertragen (a. M. Planck A 4).

4. **Verkündung der Verfügung.** Gemeint ist die im Eröffnungstermin erfolgte „Verkündung" (§ 2260), auch wenn sie in Abwesenheit des Erben stattgefunden hat, nicht die Mitteilung des Nachlaßgerichts gemäß § 2262. Sie ist für den Fristbeginn selbst dann maßgebend, wenn der Erbe schon vor der Verkündung von der Verfügung Kenntnis erlangt hatte (vgl. jedoch §§ 2142 A 1, 2306 A 5). **Umgekehrt schließt auch die Verkündung an den Erben selbst**

nicht unbedingt aus, daß er gleichwohl die Kenntnis im Sinne des Gesetzes erst später erlangt. Die Verkündung ist auch dann maßgebend, wenn er selbst als Ehegatte das gemeinschaftliche Testament mit errichtet (§ 2273) oder wenn er den Ehevertrag mit geschlossen hatte (§ 2300). Nochmalige Verkündung ist auch dann erforderlich, wenn der eine Erblasser bereits vor 1. 1. 00 verstorben war (RG 48, 100). Die Vorschrift des Abs 2 Satz 1 ist übrigens eine vereinzelte und auf die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs (§ 2332 Abs 1) nicht übertragbar (RG 66, 30).

5. § 203: Stillstand der Rechtspflege oder höhere Gewalt hemmen den Lauf der Ausschlagungsfrist mit der Wirkung, daß der davon betroffene Teil der Frist nicht eingerechnet wird (§ 205). § 206: Hat der gesetzliche Vertreter eines geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben die hier vorausgesetzte Kenntnis erlangt, der Erbe ermangelt aber am Schlusse der Frist der Vertretung, so läuft die Frist nicht zu Ende. Vielmehr beginnen dem Erben von der Behebung des Mangels ab die Fristen des Abs 1 und 3 von neuem zu laufen. Auf eine anderweit erlangte Kenntnis des Erben oder seines neuen Vertreters kommt es aber nun nicht mehr an (a. M. Binder, Rechtsstellung I, 79 ff.). — Fristverlängerung für den Erbeserben § 1952 Abs 2. Konkurseröffnung zum Vermögen des Erben ist für den Fristenlauf ohne Bedeutung, KO § 9.

6. **Sechsmonatsfrist. Wohnsitz** (§§ 7—11) **des Erblassers im Auslande.** Hierzu zählen auch die deutschen Schutzgebiete, SchutzgebG v. 10. 9. 00 § 3, KonsGG v. 7. 4. 00 § 26. Ein zweiter ausländischer Wohnsitz des Erblassers neben dem inländischen kommt nicht in Betracht („nur"). Gleichgültig ist, ob er im Inlande oder im Auslande gestorben ist.

7. **Aufenthalt des Erben im Auslande.** Es kommt nur darauf an, wo sich der Erbe im Augenblicke nicht des Erbfalls, sondern der „erlangten Kenntnis" befindet. Auch ein noch so flüchtiger Aufenthalt (nicht Wohnsitz) im Auslande sichert ihm die verlängerte Frist. Im Falle der gesetzlichen Vertretung kommt eigene Kenntnis des Erben überhaupt nicht in Betracht. Deshalb ist lediglich der Aufenthalt des gesetzlichen Vertreters maßgebend. Bei der gewillkürten Vertretung ist dagegen die Person des Erben nicht ausgeschaltet. Sein, nicht des Vertreters Aufenthaltsort, entscheidet.

8. **Beweislast.** Die Einhaltung der Ausschlagungsfrist als einer Ausschlußfrist ist zwar von Amts wegen zu beachten (§ 186 A 1). Wer jedoch aus der Ausschlagung Rechte ableitet — regelmäßig der Erbe selbst — hat, wenn es dessen bedarf, die Wahrung der Frist, folgegerecht also auch den auf Kenntnis des Erben abgestellten Beginn der Frist zu beweisen (a. M s. § 1943 A 4). Steht der Fristbeginn (Verkündung an den Erben, Mitteilung nach §§ 1953 Abs 3, 2262) objektiv fest, so liegt ihm erst recht ob zu beweisen, daß er dennoch erst später Kenntnis erlangt habe oder daß die Frist gehemmt gewesen sei usw. (A 5).

§ 1945

Die Ausschlagung erfolgt durch Erklärung[1]) gegenüber dem Nachlaßgerichte[2]); die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben[3]).

Ein Bevollmächtigter bedarf einer öffentlich beglaubigten Vollmacht[3]). Die Vollmacht muß der Erklärung beigefügt oder innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgebracht werden[4]).

E I 2032 II 1822 M 5, 502, 503 P 5, 624, 626.

1. **Die Ausschlagung** ist (abweichend von der Annahme § 1943 A 1) an eine Form gebunden und empfangsbedürftig. Sie wird deshalb erst in dem Zeitpunkt wirksam, wo sie dem Nachlaßgericht zugeht (§ 130). Gleich der Annahme ist sie einseitige Willenserklärung, untersteht mithin den hierauf bezüglichen allgemeinen Vorschriften (§ 1943 A 1). Abweichend von der Annahme bedarf sie der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1822 Nr 2, 1915, 1643 Abs 2). Diese Genehmigung ist dem gesetzlichen Vertreter gegenüber zu erteilen (§ 1828), bevor er die Ausschlagung erklärt. Es genügt indes, daß sie gleichzeitig mit der Erklärung beim Nachlaßgericht eingeht (RJA 5, 143). Mangels Genehmigung ist die Ausschlagung unwirksam (§ 1831). Nach Ablauf der Frist kann die Genehmigung nicht nachgeholt werden; geschieht es vor Fristablauf, so hat der Vertreter rechtzeitig die Ausschlagung zu wiederholen. In schriftlicher Form muß die Genehmigung nicht vorgelegt werden. Ebensowenig ist Vorlegung der Bestallung (§ 1791) erforderlich. Das Nachlaßgericht ist kein „Andrer" im Sinne von § 1831 und darf die Erklärung nicht zurückweisen (KGJ 35 A 58). Die vormundschaftsgerichtliche Ausfertigung der rechtzeitig erteilten Genehmigung darf deshalb im Gegensatz zur Vollmacht (Abs 2) auch nach Fristablauf nachgebracht werden. Die Frau bedarf der Zustimmung des Mannes ebensowenig wie zur Annahme (§§ 1406 Nr 1, 1453, 1519, 1549). Die Ausschlagung ist wie die Annahme unwiderruflich (§ 130), darf nicht bedingt oder befristet (§ 1947), nicht

auf Teile der Erbschaft beschränkt sein (§ 1950), steht auch im Konkurse des Erben nur dem Gemeinschuldner zu (KO § 9). Anfechtbarkeit § 1954. — Die Kosten der Ausschlagung fallen nicht dem Nachlasse, sondern dem Erklärenden zur Last.

2. Gegenüber dem Nachlaßgericht. Regelmäßig dem Amtsgericht, soweit nicht landesgesetzlich andere Behörden zuständig sind, EG Art 147. Die Ausschlagung ist an sich nur wirksam, wenn sie gegenüber dem nach FGG § 73 örtlich zuständigen Gericht erfolgt. Allein die Frist des § 1944 ist auch dann gewahrt, wenn das unzuständige Gericht schon vorher als vermeintliches Nachlaßgericht tätig geworden war und als solches insbesondere die Ausschlagungserklärung entgegengenommen hat (RG 71, 380). Zur Prüfung, ob die Frist gewahrt sei, ist das Nachlaßgericht erst bei Erteilung des Erbscheins (§ 2359) veranlaßt. Wohl aber darf die Ausschlagung als sofort wirksam gegenüber dem vom Nachlaßgericht ersuchten Richter abgegeben werden, wenn das Ersuchen auf Herbeiführung einer Erklärung durch den Erben gerichtet ist (a. M Keßler, ZRechtspfl i Bay 3, 186). — Die Ausschlagung des Vermächtnisses erfolgt gegenüber dem Beschwerten, § 2180 Abs 2.

3. Öffentlich beglaubigte Form §§ 129, FGG 167, 183, 191. Telegramm genügt nicht.

4. Vollmacht. §§ 164 ff. Besondere Vollmacht nicht erfordert, Generalvollmacht nicht ausgeschlossen. Die Erklärung darf wegen Mangels der Vollmacht nicht wie in § 174 zurückgewiesen werden. Geht die Vollmacht nicht vor Fristablauf und zwar in formgerechter Gestalt ein, so ist die Ausschlagung wirkungslos.

§ 1946

Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen[1]), sobald der Erbfall eingetreten ist[2]).

E I 2033 II 1823 M 5, 503, 504 P 5, 624—626.

1. Annahme § 1943 A 1, Ausschlagung §§ 1942 A 1, 1945.

2. Beide Erklärungen können, die Annahme auch stillschweigend, **sogleich nach dem Erbfall,** d. i. dem Tode oder der Todeserklärung des Erblassers (§ 1922 Abs 1) wirksam abgegeben werden. Insbesondere schon vor Beginn der Ausschlagungsfrist, also schon vor erlangter Kenntnis von dem Anfall und dem Grunde der Berufung, und vor Verkündung der den Erben berufenden Verfügung von Todes wegen, § 1944 Abs 2. Vgl. jedoch wegen Irrtums über den Berufungsgrund § 1949. Auch schon ehe die Erbschaft durch Wegfall vorher Berufener (§ 1935 A 2) dem sich Erklärenden angefallen ist. Immerhin darf er sich nicht bloß bedingt erklären, § 1947. Der Nacherbe, und als solcher gilt auch der bedingt eingesetzte Erbe (§ 2105) braucht den Eintritt der Nacherbfolge (regelmäßig den Tod des Vorerben) nicht abzuwarten, sondern kann sogleich nach dem (ersten) Erbfall ausschlagen, nicht aber annehmen, § 2142 A 1. Auch der Pflichtteilserbe (§ 2306) ist nicht daran gehindert, sogleich nach dem Erbfall wirksam auszuschlagen oder anzunehmen. Eine vor dem Tode des Erblassers abgegebene Erklärung ist, vom Erbverzicht (§§ 2346 ff.) abgesehen, wirkungslos.

§ 1947

Die Annahme und die Ausschlagung können nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen[1]).

E I 2035 II 1824 M 5, 505 P 5, 627.

1. Ebenso § 2180 (Vermächtnis) und § 2202 (Testamentsvollstrecker). Die Vorschrift umfaßt auch die Annahme durch pro herede gestio (§ 1943 A 1). Die Erklärung selbst darf **nicht bedingt oder befristet** sein. Ihre Wirksamkeit wird jedoch nicht dadurch beeinträchtigt, daß sie schon jetzt endgültig für noch ungewisse Fälle, z. B. auch für den Fall des Vorhandenseins noch unbekannter Berufungsgründe (§ 1949 Abs 2) abgegeben wird. Umgekehrt ist im Falle des § 1951 Abs 1 Beschränkung der Erklärung auf einen von mehreren Berufungsgründen zulässig. Die ausdrückliche Angabe des vom Erben vorausgesetzten Berufungsgrundes macht die Erklärung noch nicht zur bedingten, kommt aber für die Frage des Irrtums (§ 1949 Abs 1) in Betracht. — Ausschlagung zugunsten eines Dritten ist nur dann bedingte und deshalb unwirksame Ausschlagung, wenn der Erklärende sein Nichterbewerden davon abhängig machen will, daß der Dritte Erbe wird. In der Regel ist der Zusatz „zugunsten" bedeutungslos. Ist der Dritte nach dem Erben berufen, so wird er infolge der Ausschlagung ohnedies ipso jure Erbe (§ 1953 Abs 2). Ist damit Annahme der Erbschaft beabsichtigt und zugleich deren Zuwendung an den nicht berufenen Dritten (z. B. schenkweise Überlassung des eigenen Erbteils an einen Miterben), so handelt es sich um eine an die Formen der §§ 2371, 2385, 2033 gebundene Veräußerung (KGJ 35 A 64). Der Erbe kann sich einem Dritten gegenüber wirksam, aber nur schuldrechtlich zur Ausschlagung verpflichten. Auch schon vor dem Erbfall, § 312 steht nicht entgegen.

§ 1948

Wer durch Verfügung von Todes wegen als Erbe berufen ist, kann, wenn er ohne die Verfügung als gesetzlicher Erbe berufen sein würde[1]), die Erbschaft als eingesetzter Erbe ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen[2]).

Wer durch Testament und durch Erbvertrag als Erbe berufen ist, kann die Erbschaft aus dem einen Berufungsgrund annehmen und aus dem andern ausschlagen[3]).

E I 2038 Abs 1, 2 II 1825 M 5, 508—510 P 5, 628, 629.

1. **Berufung des gesetzlichen Erben durch Verfügung von Todes wegen** schließt, soweit dadurch der Nachlaß vergeben ist (§ 2088), an und für sich die gesetzliche, auf das verwandtschaftliche (§§ 1924—1930) oder das eheliche Verhältnis (§§ 1931—1934) gegründete Erbfolge aus. Der gewillkürte Erbe ist aber berechtigt, sein gesetzliches Erbrecht auch gegen den Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen, wenn er nach der Ausschlagung sogleich als gesetzlicher Erbe berufen ist. Dies trifft nicht zu in den Fällen der §§ 2069, 2094 (RG 2. 7. 06 IV 40/06). Von selbst versteht sich jedoch, daß der (gegen die Vermutung des § 2304) auf den Pflichtteil eingesetzte Erbe sich nicht mit Hilfe des § 1948 den vollen gesetzlichen Erbteil verschaffen kann. Vielmehr bleiben für diesen Fall die Sonderbestimmungen der §§ 2305, 2306 maßgebend. — In allen Fällen des § 1948 ist mehrfache Berufung zu derselben Erbschaft oder demselben Erbteil (§ 1922 Abs 2) vorausgesetzt. Berufung zu verschiedenen Erbteilen § 1951.

2. Dem Erben ist zwar, trotz **Ausschlagung als eingesetzter Erbe Annahme als gesetzlicher Erbe** gestattet. Da ihm jedoch der ihm zur Seite stehende gesetzliche Berufungsgrund bekannt ist, so erstreckt sich die Ausschlagung nach der Vermutung des § 1949 Abs 2 auf beide Berufungsgründe, wenn er sie nicht z. B. durch den Vorbehalt seines gesetzlichen Erbrechts auf die letztwillige Berufung beschränkt. Ist dies geschehen, so läuft ihm gemäß §§ 1953 Abs 2, 1944 Abs 2 — sogleich oder auch nach Wegfall eines andern vor ihm berufenen Erben (z. B. des Ersatzerben) — als nunmehr vom Gesetze berufenem Erben eine neue Ausschlagungsfrist. Wird er demnächst gesetzlicher Erbe, so ist nach § 2085 zu beurteilen, ob dadurch letztwillige Teilungsanordnungen des Erblassers (§ 2048), die Einsetzung eines Nacherben (§§ 2100 ff.), Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§§ 2197 ff.) oder Anordnungen bezüglich der Pflichtteilslast (§ 2324) hinfällig geworden sind. Jedenfalls treten damit die für die gesetzliche Erbfolge erteilten Ausgleichungsvorschriften der §§ 2050 ff. in Kraft. Gemäß §§ 2161, 2192 bleiben im Zweifel auch die Vermächtnisse und Auflagen wirksam, mit denen er als eingesetzter Erbe beschwert war.

3. **Testament und Erbvertrag** gelten immer als verschiedene Berufungsgründe, gleichviel ob der Erbe darin auf mehrere Erbteile oder auf denselben Erbteil eingesetzt ist. Handelt es sich jedoch um die Berufung zu mehreren Erbteilen, so ist § 1951 (A 3) ausschließlich maßgebend. Hier ist dagegen mehrfache durch Testament und Erbvertrag erfolgte Berufung zu einem und demselben Erbteile vorausgesetzt. In diesem Falle geht der Erbe durch Ausschlagung aus dem einem Berufungsgrunde, wenn er dabei dem Zweifel aus § 1949 Abs 2 vorbeugt, des andern Berufungsgrundes nicht verlustig.

§ 1949

Die Annahme gilt als nicht erfolgt[2]), wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrtume war[1]).

Die Ausschlagung erstreckt sich im Zweifel auf alle Berufungsgründe[3]), die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind[4]).

E I 2038 Abs 3 II 1826 M 5, 509, 510 P 5, 624—626, 628, 629.

1. Die Annahme der Erbschaft, auch die stillschweigende Annahme durch pro herede gestio (§ 1943 A 1) setzt voraus, daß der Annehmende wenigstens glaubt als Erbe berufen zu sein. Fehlt jeder Berufungsgrund, so ist seine Annahme selbstverständlich wirkungslos. Umgekehrt ist seine Vorstellung vom Berufungsgrunde ohne Bedeutung, wenn er in der Tat berufen war und die Absicht schlechthin, gleichviel aus welchem Grunde Erbe sein zu wollen erklärt hat. Sein **Irrtum über den Berufungsgrund** kommt deshalb nur in Frage, wenn er durch die Vorstellung eines bestimmten Berufungsgrundes zur Annahme bewogen worden ist. Das Gesetz berücksichtigt mithin abweichend von § 119 hier den Irrtum im Beweggrunde. Der Irrtum liegt klar zutage, wenn der Erbe bei der Annahme zu erkennen gibt, daß er gerade diesen bestimmten, so oder so gearteten Berufungsgrund als vorhanden an-

nimmt oder die Annahme ausdrücklich auf einen bestimmten Berufungsgrund beschränkt (§ 1948), während in Wahrheit nicht dieser, sondern eine anderer (nicht Gesetz, sondern Verfügung von Todes wegen) oder ein Berufungsgrund wesentlich andern Inhalts (Berufung mit Beschwerungen oder Beschränkungen) vorhanden war. Der Irrtum kommt aber dem Annehmenden auch dann zugute, wenn er, ohne daß dies erklärt worden wäre, für die Annahme bestimmend gewesen ist. — Die Beweislast trifft in jedem Falle denjenigen, welcher sich auf die Wirkungslosigkeit der Annahme beruft, regelmäßig also den Erben.

2. Der Irrtum, auch der unentschuldbare und der Rechtsirrtum, macht ohne weiteres die hierdurch beeinflußte **Annahme wirkungslos**. Es bedarf nicht erst, wie in § 119, der Anfechtung. Vgl. jedoch §§ 1954 A 1, 1956, 1957. Infolge der Wirkungslosigkeit der Annahme steht dem Erben innerhalb der Frist jetzt noch die Ausschlagung frei. Erst wenn diese erklärt ist, fällt die Erbschaft dem nach dem Ausschlagenden berufenen Erben an (§ 1953 Abs 2).

3. Daß der Erbe die **Ausschlagung** aus allen, auch aus ihm noch unbekannten Berufungsgründen erklären kann, sobald nur der Erbfall eingetreten ist, daß er ferner auch bei wiederholtem Anfall der Erbschaft nicht unbedingt zu wiederholten Ausschlagungen genötigt ist, folgt schon aus §§ 1946, 1948. Absatz 2 kommt dem Erben hierin durch Aufstellung einer gesetzlichen Vermutung zu Hilfe, nötigt ihn aber anderseits auch dazu, die Ausschlagung auf einen bestimmten Berufungsgrund zu beschränken, wenn er sich die Annahme aus einem andern ihm bereits bekannt gewordenen Berufungsgrunde bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist offen halten will. Die gesetzliche Vermutung **erstreckt sich auf alle Berufungsgründe,** somit auch auf künftige mögliche, aber bereits vorausgesehene Berufungen, z. B. als Ersatzerbe (§ 2096) oder bei mehrfacher Verwandtschaft als gesetzlicher Erbe in einer späteren Ordnung (§ 1930). A. M. Staudinger A 3 und Binder I, 129). Nur die Berufung zum Nacherben macht eine Ausnahme, § 2142 A 1. Dabei ist überall vorausgesetzt, daß es sich um die mehrfache Berufung zu einem und demselben Erbteil handelt. Die Berufung zu verschiedenen Erbteilen ist in § 1951 selbständig und erschöpfend geregelt.

4. **Kenntnis** vom Berufungsgrunde s. § 1944 A 3. Erst hiermit beginnt die Ausschlagungsfrist. Daß sich dessen unerachtet die Ausschlagung auch auf noch unbekannte Berufungsgründe bezogen habe, ist von dem sich hierauf Berufenden, in der Regel also dem Erben, zu beweisen.

§ 1950

Die Annahme und die Ausschlagung können nicht auf einen Teil der Erbschaft beschränkt werden[1]). Die Annahme oder Ausschlagung eines Teiles ist unwirksam[2]).

E I 2036 II 1827 M 5, 506 P 5, 627.

1. Der zum Ganzen oder zu einem **Teile der Erbschaft** (§ 1922 Abs 2) berufene Erbe kann nicht seinerseits willkürlich das Ganze oder den Erbteil in Bruchteile zerlegen und sich danach erklären wollen. Ebensowenig darf er sich auf einzelne Nachlaßgegenstände beschränken. Anders bei Berufung zu mehreren Erbteilen § 1951.

2. Die Erklärung ist ebenso wie nach §§ 1947, 1949 Abs 1 völlig **wirkungslos**. Hätte der Erblasser teilweise Annahme oder Ausschlagung gestattet, so kann hierin Erbeinsetzung auf verschiedene Erbteile gefunden werden. — Ebenso beim Vermächtnis § 2180 Abs 3. Teilung der angefallenen Erbschaft durch Weitervererbung § 1952 Abs 3.

§ 1951

Wer zu mehreren Erbteilen berufen ist[1]), kann, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht[2]), den einen Erbteil annehmen und den andern ausschlagen[3]).

Beruht die Berufung auf demselben Grunde[4]), so gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbteils auch für den andern, selbst wenn der andere erst später anfällt[5]). Die Berufung beruht auf demselben Grunde auch dann, wenn sie in verschiedenen Testamenten oder vertragsmäßig in verschiedenen zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen angeordnet ist[6]).

Setzt der Erblasser einen Erben auf mehrere Erbteile ein, so kann er ihm durch Verfügung von Todes wegen gestatten, den einen Erbteil anzunehmen und den andern auszuschlagen.[7])

E I 2037 II 1828 M 5, 506—508 P 5, 627, 628.

1. Der Fall mehrfacher Berufung zu derselben Erbschaft oder zu demselben, wenn auch erst nacheinander anfallenden Erbteil ist in §§ 1948, 1949 Abs 2 geordnet. Hier handelt es sich um die **Berufung zu mehreren Erbteilen** durch das Gesetz (§§ 1927, 1934) oder durch Verfügung von Todes wegen oder durch beide zugleich (§ 2088).

2. Das Gesetz behandelt grundsätzlich (Ausnahme Abs 3) die Berufung zu mehreren Erbteilen als eine einheitliche und deshalb einheitliche Erklärung fordernde, wenn sie auf demselben Grunde beruht. Widersprechende Erklärungen sind nur bei **Verschiedenheit der Berufungsgründe** zugelassen. Verschiedenheit ist, wie der Gegensatz zu Abs 2 Satz 2 ergibt, immer vorhanden, wenn die Berufung erfolgt a, teils durch das Gesetz, teils durch Verfügung von Todes wegen b, teils durch Testament, teils durch Erbvertrag c, durch mehrere zwischen verschiedenen Personen geschlossene Erbverträge d, durch Erbverträge zwischen denselben Personen, wenn dem Erben ein Erbteil in dem einen Vertrage vertragsmäßig, ein zweiter Erbteil im zweiten Vertrage einseitig zugewendet worden ist. Keine Verschiedenheit liegt vor, wenn innerhalb der gesetzlichen Erbfolge mehrere „besondere" Erbteile demselben Erben auf Grund mehrfacher Verwandtschaft oder auf Grund von Ehe und Verwandtschaft anfallen (§§ 1927, 1934). Dem § 1951 ist mit Sicherheit zu entnehmen, daß gesetzliche und gewillkürte Erbfolge im Verhältnis zueinander je einen besondern Berufungsgrund bilden. Kraft positiver Vorschrift werden sogar die verschiedenen Testamente oder verschiedene vertragsmäßige Verfügungen desselben Erblassers ohne Rücksicht auf ihren Inhalt je als einheitlicher Berufungsgrund behandelt. Der Aufbau des Gesetzes spricht also jedenfalls nicht dafür, in den Fällen der §§ 1927, 1934 getrennte Berufungsgründe anzunehmen. Glaubt man bei den letztwilligen Berufungen die Einheitlichkeit der Berufung aus dem einheitlichen Willen des Erblassers ableiten zu müssen, so fehlt es hieran — auch abgesehen von § 2066 — selbst dann nicht, wenn er der gesetzlichen Erbfolge freien Lauf läßt (widersprechend M 5, 363 und 510, a. M. Staudinger A 3, Dernburg V § 147, I, 3, a, ε, Binder I, 113).

3. Im Falle des Abs 1 bewirkt die Verschiedenheit des Berufungsgrundes volle **Selbständigkeit der mehreren Erbteile** wie wenn sie verschiedenen Personen angefallen wären. Der Erbe ist in seiner Entschließung bezüglich des einen wie des andern Erbteils völlig freigestellt. Die §§ 1948 und 1949 kommen hier, wo es sich um die Berufung zu mehreren Erbteilen handelt, überhaupt nicht in Betracht (§§ 1948 A 3, 1949 A 3 a. M. Planck A 6 und Staudinger A 2, die § 1949 Abs 2 auch hier für entsprechend anwendbar erachten). Anders im Falle der Erhöhung des Erbteils oder der Anwachsung, wo die Erbteile nur in eingeschränktem Sinne als besondere gelten (§§ 1935 A 6, 2094 A 1, 2095). Sie können von vornherein nur einheitlich angenommen oder ausgeschlagen werden.

4. **Einheit des Berufungsgrundes** wird als selbstverständlich vorausgesetzt, wenn der Erbe zu mehreren Erbteilen unmittelbar durch das Gesetz oder in demselben Testament oder — sei es vertragsmäßig, sei es einseitig — in demselben Erbvertrage berufen ist. Im übrigen s. A 2.

5. Die Annahme oder Ausschlagung ergreift mit Notwendigkeit **sämtliche angefallenen und später anfallenden Erbteile**, wenn sie auf demselben Berufungsgrunde beruhen. Sie wäre, wie im Falle bedingter Erklärung (§ 1947) überhaupt unwirksam, wenn sie auf den einen oder den andern Erbteil beschränkt würde. Irrtum über den bezüglich eines der mehreren Erbteile vorliegenden Berufungsgrund hindert (abweichend von § 1949 Abs 1) die Wirksamkeit der Annahme nicht, auch der noch unbekannte Anfall eines Erbteils wird (abweichend von § 1949 Abs 2) von der Ausschlagung betroffen. Nur die Anfechtung aus § 1954 kann gegebenenfalls aushelfen. Schon jetzt wird durch Annahme oder Ausschlagung betroffen die durch Wegfall eines vorgehenden gesetzlichen oder gewillkürten Erben (§ 1935 A 2) künftig zu eröffnende, insbesondere die Ersatzberufung (§ 2096) zu einem ferneren Erbteil. Nur wenn der Bedachte zu einem Erbteil als Erbe, zu einem andern als Nacherbe eingesetzt ist, bleibt er trotz Ausschlagung des Erbteils zur späteren Annahme des Nacherbteils berechtigt (§ 2142 A 1).

6. Das Gesetz erkennt durch seine Fassung an, daß in diesen Fällen eigentlich verschiedene Berufungsgründe vorliegen, stellt sie aber durch positive Vorschrift der einheitlichen Berufung gleich. S. übrigens A 2.

7. Der Erblasser kann die in Abs 1 und 2 vom Gesetz aufgestellte Regel **durch Verfügung von Todes wegen abändern**, also auch in einem späteren Testament oder Erbvertrag, nicht aber durch Rechtsgeschäft unter Lebenden. Er kann aber im Falle der A 3, außer durch An-

ordnung einer Bedingung, dem Erben nicht vorschreiben, daß die Annahme oder die Ausschlagung des einen Erbteils auch den andern zu ergreifen habe. — Haftung des zu mehreren Erbteilen berufenen Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten § 2007.

§ 1952

Das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, ist vererblich[1]).

Stirbt der Erbe vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist[2]).

Von mehreren Erben des Erben kann jeder den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Erbschaft ausschlagen[3]) [4]).

E I 2028 Abs 2, 3 2031 II 1829 M 5, 492—494, 502 P 5, 618, 623.

1. **Vererblichkeit des Ausschlagungsrechtes.** Die dem Erben nach § 1942 Abs 1 (vgl. auch §§ 1953 Abs 2, 1944 Abs 2) einmal angefallene Erbschaft geht beim Tode des Erben als Bestandteil seines Nachlasses auf die Erbeserben über, kann aber, wenn das Recht hierzu nicht bereits vom Erben verwirkt war (§ 1943), durch Ausschlagung der Erbeserben wieder aus dem Nachlasse ihres unmittelbaren Erblassers ausgeschieden werden. Ebenso beim Vermächtnis § 2180 Abs 3. Höchstpersönliches Ausschlagungsrecht des Gemeinschuldners im Konkurse, KO § 9. Kein Anfechtungsrecht der Gläubiger (RG 54, 289). Der Erbeserbe ist nicht gehindert, die ihm unmittelbar angefallene (die zweite) Erbschaft anzunehmen, die darin enthaltene bereits seinem Erblasser angefallene (die erste) Erbschaft aber auszuschlagen. Schlägt er dagegen die zweite Erbschaft aus, so sind damit beide Erbschaften mit Wirkung aus § 1953 Abs 1 und 2 ausgeschlagen. War zur ersten Erbschaft zugleich ein Nacherbe berufen, so fällt die von dem Erbeserben (dem Erben des Vorerben) ausgeschlagene Erbschaft dem Nacherebn nunmehr regelmäßig als Ersatzerben an (§ 2102).

2. Vorausgesetzt ist, daß die **Ausschlagungsfrist** dem Erben bereits zu laufen begonnen, d. h. daß er vom Anfall und dem Berufungsgrunde bereits Kenntnis erlangt hatte (§ 1944 Abs 2). Sie **verlängert sich** in diesem Falle **zugunsten des Erbeserben** um die volle durch den zweiten Erbfall eröffnete Ausschlagungsfrist. War die Frist für den Erben noch nicht eröffnet, war ihm insbesondere die ihn berufende Verfügung von Todes wegen noch nicht verkündet, so beginnt für den Erbeserben bezüglich der ersten Erbschaft erst in seiner Person und von seiner Kenntniserlangung oder von der Verkündung ab eine selbständige, nach seinem Aufenthaltsort (§ 1944 Abs 3) zu bemessende Ausschlagungsfrist. Der Fristenlauf kann mithin bezüglich beider Erbschaften ein verschiedener sein. Dies gilt auch dann, wenn dem ersten Erben die Sechsmonatsfrist, dem Erbeserben dagegen die Sechswochenfrist läuft. Die erste Frist darf „nicht vor", kann aber „nach" Ablauf der zweiten Frist zu Ende gehen. War dem ersten Erben einmal die Ausschlagungsfrist eröffnet, so kommt (ebenso wie § 1944 A 5) darauf nichts an, ob auch der Erbeserbe vom Anfall der ersten Erbschaft Kenntnis erlangt (a. M. Staudinger A 2). Sie wird ihm, den Ablauf der Ausschlagungsfrist vorausgesetzt, auch ohne sein Wissen mit Annahme der zweiten Erbschaft endgültig erworben. Nur Anfechtung gemäß §§ 1954, 1956 könnte ihn hiervon befreien. — Die gleiche Bestimmung bei der Inventarfrist § 1998.

3. Unter den **mehreren Erbeserben** entsteht die Erbengemeinschaft nach §§ 2032 ff. und zwar als Sondergemeinschaft neben den übrigen Miterben des ersten Erblassers, wenn nur ein Erbteil an die Erben des Erben vererbt ist. Die Möglichkeit **gesonderter Annahme oder Ausschlagung** entspricht, obwohl hierin eine Verfügung nicht enthalten ist, der Regel des § 2033 Abs 1 Satz 1, führt aber zur Abweichung von § 1950, insofern sich die erste Erbschaft nun doch in soviel Bruchteile spaltet, als aus der zweiten Erbschaft auf die Erben des Erben entfallen. Der durch Ausschlagung eines Miterbeserben freiwerdende Erbteil der ersten Erbschaft fällt an nach § 1953 Abs 1 und 2, wird also, wenn ein Ersatzerbe nicht berufen ist (§§ 2096, 2102), in der Regel den übrigen Erbeserben zugute kommen (§§ 1935, 2094, a. M. Binder I, 136). Zwar erbt der Miterbe und erbt aus der zweiten Erbschaft, aber bezüglich der ersten Erbschaft gilt er als bereits vor dem Tode des ersten Erblassers weggefallen.

4. Bezüglich der **Beweislast** gilt auch rücksichtlich des Erbeserben das § 1943 A 4 vom Erben Gesagte.

§ 1953

Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt[1]).

Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte[2]); der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt[3]).

Das Nachlaßgericht soll die Ausschlagung demjenigen mitteilen, welchem die Erbschaft infolge der Ausschlagung angefallen ist[4]). Es hat die Einsicht der Erklärung jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht[5]).

E I 1972, 2042 II 1830 M 5, 375—377, 513, 514 P 5, 483; 6, 338, 339.

1. Der Anfall ist zwar gemäß § 1942 Abs 1 bereits ipso jure mit dem Tode des Erblassers erfolgt, seine Wirkungen werden aber, und zwar mittelst einer Rechtsfiktion unter **Rückbeziehung der Ausschlagung auf die Zeit des Erbfalls** wieder aufgehoben. Demgemäß leben die durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Rechtsverhältnisse wieder auf (§ 1922 A 7), der Besitz (§ 857) geht dem Erben wieder verloren, soweit er ihn nicht bereits tatsächlich ergriffen hatte, er wird frei von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 Abs 1). Doch behalten gewisse Rechtshandlungen, die vom vorläufigen Erben oder ihm gegenüber vorgenommen worden sind, ihre Wirksamkeit (§ 1959). Das Gleiche gilt im Falle der Erbunwürdigkeit § 2344.

3. Vermittelst einer zweiten Rechtsfiktion wird die **Erbfolge** nunmehr so geregelt, **wie wenn der Ausschlagende bereits vor dem Erbfall weggefallen wäre** (§ 1935 A 2). Es treten mithin an Stelle des Ausschlagenden die gesetzlichen Erben des Erblassers in der Reihenfolge der §§ 1924 ff. oder im Wege gewillkürter Erbfolge der etwa berufene Ersatzerbe (§§ 2096, 2097, 2102, vgl. auch § 2069) oder es kommt unter Miterben zur Erhöhung des Erbteils oder zur Anwachsung (§§ 1935, 2094). Die auf der ausgeschlagenen Erbschaft haftenden Beschwerungen bleiben in Kraft, §§ 2161, 2192. Das dem Erben zugewendete Vorausvermächtnis (§ 2150) geht ihm durch die Ausschlagung grundsätzlich nicht verloren.

3. Wie die Ausschlagung (A 1), so wird auch der **Anfall zurückbezogen auf den Zeitpunkt des Erbfalls.** Hierdurch wird auch für den Fall der Ausschlagung der Grundsatz des unmittelbaren Übergangs der Erbschaft auf den endgültigen Erben gewahrt (§ 1942 Abs 1). Voraussetzung ist nur, daß dieser, der nachrückende Erbe zur Zeit des Erbfalls schon gelebt und den Erblasser, wenn auch nur als bereits Erzeugter überlebt hat (§ 1923). Nicht erforderlich ist, daß er auch den Zeitpunkt der Ausschlagung und damit den Erbanfall im Sinne des Abs 2 erlebt hat. Vielmehr vererbt sich in diesem Falle die Erbschaft gemäß § 1952 auf seine Erben. — Gleiche Grundsätze bei Ausschlagung des Vermächtnisses § 2180 Abs 3 und der Erbunwürdigkeit § 2344.

4. **Mitteilungspflicht des Nachlaßgerichts**, dem die Ausschlagung bekannt geworden sein muß, da sie nach § 1945 nur ihm gegenüber wirksam erklärt werden kann. Es ist vermöge der ihm hier erteilten Ordnungsvorschrift zu Nachforschungen nach der Person des nächstberechtigten Erben, sowie gemäß § 1960 zur Fürsorge in der Zwischenzeit verpflichtet. Die Ausschlagungsfrist wird dem Nächstberufenen nicht erst mit dem Empfang der vorgeschriebenen Mitteilung, sondern auch durch anderweit erlangte Kenntnis vom Anfall und Berufungsgrunde eröffnet, kann jedoch nicht vor Verkündung einer ihn etwa berufenden, Verfügung von Todes wegen beginnen (§ 1944 Abs 2).

5. Die **Einsicht der Ausschlagungserklärung** ist insbesondere jedem zu gewähren, der sich infolge der Ausschlagung zur Erbfolge berufen glaubt, ebenso den Nachlaßgläubigern. Das rechtliche Interesse (im Gegensatz zum berechtigten Interesse in FGG §§ 34 78, GBO § 11) ist glaubhaft zu machen, FGG § 15 Abs 2. Beschwerderecht FGG §§ 19 ff.

§ 1954

Ist die Annahme oder die Ausschlagung anfechtbar, so kann die Anfechtung[1]) nur binnen sechs Wochen erfolgen[4]).

Die Frist beginnt im Falle der Anfechtbarkeit wegen Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört, in den übrigen Fällen mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt [2]). Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung[3]).

Die Frist beträgt sechs Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat oder wenn sich der Erbe bei dem Beginne der Frist im Ausland aufhält[4]).

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Annahme oder der Ausschlagung dreißig Jahre verstrichen sind[5]) [6]).

E I 2040 Abs 3—6, 2041 II 1831 M 5, 510—513 P 5, 630—632; 6, 395.

1. Die **Anfechtbarkeit der Annahme und Ausschlagung**, wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung mit der Wirkung der Nichtigkeit (s. jedoch § 1957 Abs 1) ergibt sich, da es sich um Willenserklärungen handelt (§§ 1943 A 1, 1945 A 1), aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 119—123, 142. Irrtum über den Berufungsgrund macht die Erklärung ohne weiteres unwirksam (§ 1949 Abs 1). Die Anfechtung wegen Irrtums aus § 119 kommt deshalb nur in Frage, wenn er den Inhalt der Annahme oder Ausschlagung betrifft oder wenn eine solche Erklärung überhaupt nicht beabsichtigt war, z. B. Verwechselung der Erbschaft, unbeschränkte Erklärung, während sie beschränkt gewollt war (§ 1951) usw. Irrtum über den Stand des Nachlasses oder darüber, wem die Ausschlagung zugute kommen würde (KGJ 35 A 67), begründet niemals die Anfechtung. Irrtum über den Umfang der mit der Erbeinsetzung verbundenen Beschränkungen und Beschwerungen kann vom Erben nur als Irrtum über den Berufungsgrund geltend gemacht werden. Sonderbestimmungen bezüglich des Pflichtteilserben §§ 2306, 2308. Auch die stillschweigende Annahme durch pro herede gestio (§ 1943 A 1) ist anfechtbar. — Form der Anfechtung § 1955. Bezüglich der Vermächtnisse und Auflagen gelten lediglich die allgemeinen Anfechtungsgrundsätze (§ 2180 arg. Abs 3). Kein Anfechtungsrecht der Gläubiger des Ausschlagenden, RG 54, 289.

2. Der **Fristbeginn** weicht von den allgemeinen Anfechtungsbestimmungen insofern ab, als die Anfechtung im Falle des Irrtums nicht unverzüglich erfolgen muß (§ 121), sondern, auch wenn der Irrtum durch arglistige Täuschung hervorgerufen war, erst innerhalb einer Frist, die mit erlangter Kenntnis (§ 1944 A 3) vom wahren Sachverhalt eröffnet wird. Im übrigen entspricht Abs 2 dem § 124 Abs 2, auf den zu verweisen ist.

3. Der **Fristenlauf** ist übereinstimmend mit dem Laufe der Ausschlagungsfrist geregelt, § 1944. Die Heranziehung des § 207 neben den §§ 203, 206 bedeutet, daß sich im Falle des Todes des Anfechtungsberechtigten für seine Erben der Fristablauf um 6 Wochen oder 6 Monate vom Zeitpunkte der Annahme durch die Erbeserben oder der Bestellung eines Vertreters, auch des Nachlaßpflegers (§ 1960) ab gerechnet verlängert. Die Konkurseröffnung zum Vermögen des Anfechtungsberechtigten ist ohne Bedeutung, da der Anfechtungsanspruch nach Maßgabe des § 9 KO nicht zur Konkursmasse gehört.

4. Übereinstimmend mit § 1944 Abs 3.

5. Dem Sinne nach übereinstimmend mit § 124 Abs 3. Der Zeitpunkt der erlangten Kenntnis kommt hier nicht mehr in Betracht. So auch beim Pflichtteilsanspruch § 2332 Abs 1.

6. **Beweislast.** Der Anfechtende hat die materiellen und formellen Voraussetzungen des Anfechtungsrechtes, insbesondere auch im Bestreitungsfalle die Einhaltung der Fristen, die als Ausschlußfristen auch von Amts wegen zu prüfen sind, zu beweisen. — Nicht ausgeschlossen ist beim Vorhandensein eines rechtlichen Interesses auf Seiten eines Dritten (Nachlaßgläubigers) die Feststellung, daß die formelle Ausschlagung des Erben wegen bereits erfolgter Annahme der Erbschaft unwirksam sei, RG 9. 7. 06 IV 93/05.

§ 1955

Die Anfechtung der Annahme oder der Ausschlagung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte. Für die Erklärung gelten die Vorschriften des § 1945[1]).

E I 2040 Abs 2 Satz 1, 2041 II 1832 M 5, 512, 513 P 5, 630—632.

1. Materiell ist Anfechtungsgegner (§ 143) der hinter dem Anfechtenden berufene Erbe. Die Anfechtung kann auch durch den gemäß § 1945 Abs 2 gehörig ausgewiesenen Bevollmächtigten erklärt werden. — Gleiche Vorschriften in §§ 1342, 1484, 1597, 1599 und (Anfechtung letztwilliger Verfügungen) 2081.

§ 1956

Die Versäumung der Ausschlagungsfrist[1]) kann in gleicher Weise wie die Annahme angefochten werden[2]).

E II 1833 P 5, 630—632.

1. Das Gesetz knüpft den Verlust des Ausschlagungsrechtes schon an die objektive Tatsache des Fristablaufs (§ 1943 A 2/3). Die **Versäumung der Ausschlagungsfrist** enthält

zugleich ein subjektives Moment. Der wahre Wille des Erben muß bei Ablauf der Frist auf Nichtannehmen der Erbschaft gerichtet gewesen sein, während der geäußerte Wille, d. h. die vom Gesetz mit dem Fristablauf fingierte Erklärung auf deren Annahme gelautet hat.

2. Die **Anfechtung** ist gegeben, wenn die fingierte, mit dem wahren Willen in Widerspruch stehende Erklärung durch Irrtum, arglistige Täuschung oder Drohung (§§ 119 —123) verursacht ist. Handelt es sich dabei um Irrtum, so kann dieser ursächliche Zusammenhang nur angenommen werden, wenn sich mit dem Verstreichenlassen der Frist eine wirkliche, nicht bloß fingierte Willensäußerung des Erben vollzieht, wenn die Ausschlagung mit Vorbedacht unterlassen und somit Annahme gewollt ist. So RG 58, 81, dagegen Planck A 2. Dies schließt die Anfechtung nicht aus, wenn der Erbe die Frist deshalb verstreichen läßt, weil er z. B. irrig glaubt, die Ausschlagung bereits formgerecht (§ 1945) und gegenüber dem zuständigen Gericht erklärt zu haben. Rechtsirrtum über Lauf und Bedeutung der Ausschlagungsfrist kann ihm nicht zustatten kommen.

§ 1957

Die Anfechtung der Annahme gilt als Ausschlagung, die Anfechtung der Ausschlagung gilt als Annahme[1]).

Das Nachlaßgericht soll die Anfechtung der Ausschlagung demjenigen mitteilen, welchem die Erbschaft infolge der Ausschlagung angefallen war. Die Vorschrift des § 1953 Abs. 3 Satz 2 findet Anwendung[2]).

E I 2040 Abs 2 Satz 2, 2041 II 1834 M 5, 512, 513 P 5, 630—632.

1. **Die Anfechtung wirkt** je nachdem **als Ausschlagung oder Annahme.** Eine Anfechtung bloß zu dem Zwecke, die volle Ausnutzung der (noch nicht abgelaufenen) Überlegungsfrist zu wahren, ist unstatthaft. Mit der Anfechtung der Annahme ist notwendig auch die zur Ausschlagung geforderte Form gewahrt (§§ 1955, 1945). Da die mittelst der Anfechtung erklärte Ausschlagung oder Annahme unwiderruflich ist (§§ 1945 A 1), so kann nach geschehener Anfechtung eine Bestätigung der einmal angefochtenen Erklärung (§ 144) nicht mehr in Frage kommen.

2. Die Anfechtung der Annahme ist als Ausschlagung schon nach § 1953 Abs 3 mitzuteilen. Ähnliche Vorschriften in §§ 1342 Abs 2, 1597 Abs 2 und (bei Anfechtung einer letztwilligen Verfügung) 2081 Abs 2.

§ 1958

Vor der Annahme der Erbschaft kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden[1]) [2]).

E I 2057 Abs 1 Satz 1 II 1835 M 5, 539 P 5, 660—664, 829—831.

1. **Der Erbe ermangelt vor der Annahme der Passivlegitimation.** Die Behauptung, daß er angenommen habe, gehört mithin zur Klagebegründung, der vor der Annahme geltend gemachte Klag- oder Widerklaganspruch einschließlich des Arrestanspruchs und der Feststellungsklage ist demnach von Amts wegen abzuweisen, es sei denn daß eine als Annahme auszulegende Einlassung des Beklagten den Mangel beseitigt, RG 60, 179. Der gefährdete Nachlaßgläubiger ist auf Herbeiführung einer Nachlaßpflegschaft aus § 1961 gewiesen. Doch erscheint der Erlaß einer einstweiligen Verfügung im Sinne von § 940 ZPO nicht ausgeschlossen. Gegen den Nachlaßpfleger (§ 1960 Abs 3), den Nachlaßverwalter (§ 1984 Abs 1, vgl. jedoch § 1981 A 1) und den verwaltenden Testamentsvollstrecker (§ 2213 Abs 2) ist die Rechtsverfolgung unbeschränkt zulässig. — Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses ist von der Annahme des Erben nicht abhängig (KO § 216 Abs 1, auch § 226). Die außergerichtliche Geltendmachung des Anspruchs gegen den Erben (durch Aufrechnung, Zurückbehaltung) ist dem Nachlaßgläubiger nicht verwehrt, wird aber hinfällig, sobald der Erbe deren Zulässigkeit im Prozesse bestreitet. S. auch § 1959 Abs 3. — Weitergehende aufschiebende Einreden §§ 2014 ff., Vollendung der Verjährung § 207. Fiskus § 1966.

2. **Ergänzende Bestimmungen.** War der Rechtsstreit durch den Tod des Erblassers unterbrochen, so ist der Erbe vor der Annahme zur Fortsetzung nicht verpflichtet (aber berechtigt), ZPO § 239 Abs 5. Bis dahin ist wegen einer Nachlaßverbindlichkeit eine erst beginnende Zwangsvollstreckung und folgegerecht auch die Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 727) nicht gegen den Erben selbst, sondern nur in den Nachlaß zulässig. Anderseits können sich die eignen Gläubiger des Erben vor der Annahme nicht an den ihrem Schuldner angefallenen Nachlaß halten, ZPO §§ 778, 766. Dagegen wird die beim Tode des Schuldners bereits begonnene Zwangsvollstreckung in seinen Nachlaß fortgesetzt. Dem noch überlegenden Erben wird ein einstweiliger besonderer Vertreter bestellt, ZPO § 779.

§ 1959

[1])Besorgt der Erbe vor der Ausschlagung erbschaftliche Geschäfte, so ist er demjenigen gegenüber, welcher Erbe wird, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet[2]).

Verfügt der Erbe vor der Ausschlagung über einen Nachlaßgegenstand[3]), so wird die Wirksamkeit der Verfügung durch die Ausschlagung nicht berührt, wenn die Verfügung nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnte[4]).

Ein Rechtsgeschäft, das gegenüber dem Erben als solchem vorgenommen werden muß[5]), bleibt, wenn es vor der Ausschlagung dem Ausschlagenden gegenüber vorgenommen wird, auch nach der Ausschlagung wirksam[6]).

E I 2056 II 1836 M 5, 536—539 P 5, 657—660.

1. **Allgemeine Voraussetzung** ist a, daß die Geschäfte oder Verfügungen von dem wirklich berufenen Erben oder ihm gegenüber, nicht von einem Dritten, etwa dem Erbschaftsbesitzer (§ 2018) vorgenommen worden sind, b, daß sich hierin nicht eine stillschweigende Annahme der Erbschaft, pro herede gestio (§ 1943 A 1) kundgibt, c, daß der Erbe entweder noch in der Überlegung begriffen ist, ob er annehmen oder ausschlagen solle, oder daß er eine bereits erklärte Annahme der Erbschaft demnächst wirksam anficht (§ 1954) und d, daß die Erbschaft infolge Ausschlagung auf den endgültigen Erben („denjenigen welcher Erbe wird") übergeht. Auch der nachrückende Erbe kommt, wenn er demnächst ausschlägt, als einstweiliger Erbe in Betracht.

2. Der Erbe ist während der Überlegungsfrist nicht verpflichtet, sich der Erbschaft anzunehmen, kraft seines Erbrechts aber an und für sich dazu befugt. Insbesondere ist ihm durch § 1958 zwar die Passiv-, nicht aber die Aktivlegitimation entzogen. Er kann im Interesse des Nachlasses, z. B. wegen drohender Verjährung sogar zur Klagerhebung oder zur Fortsetzung eines Rechtsstreits genötigt sein. Inwiefern er durch Verwaltung des Nachlasses den Nachlaßgläubigern verantwortlich werden kann, bestimmt § 1978. Im Verhältnis zum endgültigen Erben gelten die Grundsätze der **Geschäftsführung ohne Auftrag**, §§ 677 ff. Entgegen § 687 sind sie auch anwendbar, wenn der Erbe (der angenommen, später aber angefochten hat) seine eignen Geschäfte zu besorgen meinte. Dagegen wird bis zur Ausschlagung der wirkliche oder mutmaßliche Wille des künftigen endgültigen Erben als Geschäftsherrn (§§ 677, 679, 683, 684, 686) nur ausnahmsweise in Betracht kommen, da der Erbe noch damit rechnen darf, durch die Annahme selbst endgültig Erbe zu werden. Vielmehr wird der objektive Maßstab des sorgsamen Hausvaters ausschlaggebend sein. Aus §§ 681, 666 folgt insbesondere auch die Pflicht zur Auskunftserteilung. Die aus der Geschäftsführung erlangten Gegenstände werden entsprechend § 2019 Bestandteile, die daraus hervorgehenden Ansprüche gegen den Erben sind Aktiven des Nachlasses, die ihm zukommenden Ersatzansprüche Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 Abs 2), im Konkurse Masseschulden (KO § 224 Nr 6).

3. Es handelt sich um **dingliche Verfügungen über Nachlaßgegenstände** (s. § 185), über Sachen oder Rechte (§ 90). Daher ist, wenn Miterben in Frage sind, gemeinsame Geschäftsführung vorausgesetzt, § 2040 Abs 1. Bloß schuldrechtliche Verpflichtungen des einstweiligen Erben verbinden den endgültigen Erben nicht, können aber einen Befreiungsanspruch aus §§ 683, 670, 257 gegen ihn begründen.

4. Da im Falle der Ausschlagung der Anfall als nicht erfolgt gilt (§ 1953 Abs 1), so werden damit an und für sich alle Verfügungen des einstweiligen Erben unwirksam. Sie behalten aber **Wirksamkeit, wenn sie dringlich waren.** Ob dies zutrifft, kann nur nach den Umständen des Falles entschieden werden. Da das Gesetz nur eine objektive Voraussetzung aufstellt, bleibt das Wissen des Dritten von der Unaufschiebbarkeit oder von dem noch bestehenden Ausschlagungsrecht außer Betracht. Auch die nicht unaufschiebliche Verfügung wird wirksam durch Genehmigung des endgültigen Erben (§ 185 Abs 2). Ebenso bleiben, obwohl es hier an der für den verwandten Fall des § 161 in Abs 3 getroffenen Verweisung fehlt, die zum Schutz gutgläubiger Dritter in §§ 892, 893, 932—936, 1032 und 1207, nicht minder die bezüglich des Erbscheins in §§ 2366, 2367 getroffenen Vorschriften in Kraft. Veräußerungsverbot s. §§ 135, 136. Der hierdurch geschädigte endgültige Erbe bleibt auf den Ersatzanspruch gegen den vorläufigen Erben aus § 678 gewiesen.

5. Soweit das **Rechtsgeschäft** eine Erfüllungshandlung und damit zugleich eine Verfügung des einstweiligen Erben enthält, gilt Abs 2. Gedacht ist hier an einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte wie Kündigung, Mahnung, Erfüllungsangebot, Anfechtung usw., die deshalb **dem Erben gegenüber** vorgenommen werden „müssen", weil der ursprünglich Berechtigte oder Verpflichtete weggefallen und der Erbe einstweilen an seine Stelle getreten ist.

Eine besondere Dringlichkeit des Rechtsgeschäfts, wie in Abs 2, ist damit nicht erfordert. Vertragsanerbietungen fallen hierunter nicht. — Eine Benachrichtigungspflicht gegenüber dem endgültigen Erben kann aus §§ 681, 666 begründet sein, für die Wirksamkeit der in Abs 2, 3 behandelten Geschäfte kommt aber seine Kenntnis nicht in Betracht.

6. **Beweislast** zu Abs 1 vgl. § 677. Im übrigen sind die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Verfügung oder des Rechtsgeschäfts von dem zu beweisen, der sich hierauf beruft. — Die Vorschriften des § 1959 gelten auch, wenn zum Vermögen des noch überlegenden Erben Konkurs eröffnet ist, KO § 9. Nicht dagegen im Falle der Eröffnung des Nachlaßkonkurses, da das Verwaltungs- und Verfügungsrecht ausschließlich dem Konkursverwalter zusteht, KO § 6.

§ 1960

Bis zur Annahme der Erbschaft hat das Nachlaßgericht [1]) für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen, soweit ein Bedürfnis besteht [2]). Das Gleiche gilt, wenn der Erbe unbekannt oder wenn ungewiß ist, ob er die Erbschaft angenommen hat [3]).

Das Nachlaßgericht kann insbesondere die Anlegung von Siegeln, die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten, sowie die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses anordnen [4]) und für denjenigen, welcher Erbe wird, einen Pfleger (Nachlaßpfleger) bestellen [5]).

Die Vorschrift des § 1958 findet auf den Nachlaßpfleger keine Anwendung [6]).

E I 2058, 2059 Abs 1 II 1837, 1838 Abs 2 M 5, 541—548 P 5, 660, 664—667; 6, 338 KB 310.

1. Außer dem **Nachlaßgericht** ist, insbesondere auch beim Nachlaß eines Ausländers jedes Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge hervortritt, EG Art 147, FGG §§ 73, 74, 7. Vgl. auch MilFGG v. 28. 5. 01 § 6, SeemO v. 2. 6. 02 § 65. Nach Maßgabe von Staatsverträgen auch Mitwirkung ausländischer Konsuln.

2. Die **Fürsorgepflicht** tritt im Falle des § 1961 auf Antrag eines Nachlaßgläubigers, sonst von Amts wegen ein. Nach FGG § 20 Abs 1 steht dem durch unbegründete Einmischung des Nachlaßgerichts in seinem Rechte Beeinträchtigten, z. B. dem Testamentsvollstrecker die Beschwerde zu. Ebenso auch wegen Ablehnung der Fürsorge, z. B. dem nächstberufenen Erben (FGG § 57 Nr 3). Voraussetzung für jedes Einschreiten des Gerichts, und zwar in beiden Sätzen des Abs 1 ist, daß ein **Bedürfnis besteht.** Maßgebend ist hierfür das Interesse des künftigen Erben oder Miterben. Die „Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger" ist als Nachlaßverwaltung in §§ 1975 ff. besonders geordnet. Das Bedürfnis ist regelmäßig zu verneinen, solange der bestellte Testamentsvollstrecker seines Amtes waltet (§§ 2205, 2209) oder vertrauenswürdige Miterben sich ohne die Besorgnis sich widerstreitender Interessen des Nachlasses annehmen (§§ 2038, 1424 Abs 2). Nach der Annahme ist jede Tätigkeit des Nachlaßgerichts aus § 1960 ausgeschlossen. Doch kann es nach erklärter Anfechtung (§ 1954) hierzu von neuem berufen sein.

3. Vgl. auch § 1913. Der Erbe oder Miterbe ist **unbekannt**, wenn zwar die Umstände auf das Vorhandensein eines Erben hinweisen, über seine Person aber, z. B. darüber, ob gewisse Verwandte Abkömmlinge hinterlassen haben oder darüber, ob er den Erblasser überlebt hat, keine Nachrichten zu erlangen sind. So wenn der Erbe nur erst erzeugt (§ 1923 Abs 2) oder wenn die als Erbe eingesetzte Stiftung noch nicht genehmigt ist (§ 84). Die Möglichkeit, gemäß § 1912 einen Pfleger zu bestellen, steht nicht entgegen. **Ungewißheit, ob der Erbe angenommen hat,** wird gegeben sein, wenn das Verhalten des Erben zweideutig ist oder Zweifel über Berechnung der Ausschlagungsfrist bestehen, auch wenn der Aufenthalt des (bekannten) Erben unbekannt ist. Streiten mehrere Prätendenten über das Erbrecht, so ist nur für einstweilige Verfügungen des Prozeßrichters Raum (RJA 8, 95).

4. Das Nachlaßgericht ist auf die in Abs 2 nur beispielsweise aufgeführten **Sicherungsmaßregeln** nicht beschränkt und kann sich auch mit einem Weniger begnügen. Der Erblasser kann sie, insbesondere auch die Siegelung nicht wirksam verbieten. Das Nachlaßverzeichnis kann im Anhalt an § 2001 vom Nachlaßgericht selbst oder durch Beauftragte (§ 2003) aufgenommen werden. — Vorbehalte für die Landesgesetzgebung, EG Artt 140, 148, 200.

5. Auf die **Nachlaßpflegschaft** als Unterart der Pflegschaft finden die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften Anwendung, die Bestellung eines Gegenpflegers ist nicht erforderlich, §§ 1915, 1962, FGG § 75. Im Gegensatz zur Nachlaßverwaltung (§§ 1981 Abs 3, 1987) besteht eine allgemeine Verpflichtung zur Übernahme der Pflegschaft, § 1785 und kein Rechtsanspruch auf Vergütung, § 1836. Es können mehrere Pfleger bestellt (§§ 1915, 1775), die Pflegschaft kann auf die Vertretung eines Miterben in der Erbengemeinschaft

beschränkt werden. Besondere Vorschriften: ZPO § 243 (Unterbrechung des Verfahrens), § 779 Abs 2 (Zwangsvollstreckung), § 780 Abs 2 (kein Vorbehalt beschränkter Haftung), § 991 Abs 2 (Aufgebotsverfahren), KO § 217 Abs 1 (Antrag auf Konkurseröffnung), ZVG § 175 (desgl. auf Zwangsversteigerung), GBO § 41 Abs 1 (Bewilligung von Eintragungen im Grundbuch), FGG § 111 Abs 2 (desgl. im Schiffsregister), persönliche Haftung für die Erbschaftssteuer, § 32 RErbschftStG v. 3. 6. 06. Die Kosten der Nachlaßpflegschaft und die vom Nachlaßpfleger eingegangenen Verbindlichkeiten sind Nachlaßverbindlichkeiten, § 1967, im Konkurse Masseschulden, KO § 224 Nr 4, 5, auch 6. Der **Nachlaßpfleger** ist gesetzlicher Vertreter nicht des Nachlasses, sondern derjenigen Person, welche sich als Erbe oder Miterbe herausstellen wird („welcher Erbe wird"). Ihm kann deshalb für den Erben das Armenrecht bewilligt werden, RG 50, 394 (nicht auch dem Nachlaßverwalter, RG 65, 287). Die von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte bleiben auch dann wirksam, wenn neben ihm der Erbe selbst rechtsgeschäftlich tätig geworden ist. Bei entstehendem Widerstreit entscheidet die frühere Vornahme. Von der Prozeßführung ist der Erbe, solange der Pfleger bestellt ist, durch ZPO § 53 ausgeschlossen. Der Erbe haftet gemäß § 278 für Verschulden des Pflegers und kann den Nachlaßgläubigern gegenüber die Beschränkung auf den Nachlaß ebensowenig geltend machen, wie im Falle des eigenen Verschuldens aus § 1978 Abs 1. Umgekehrt steht der Nachlaßpfleger (abweichend vom Nachlaßverwalter § 1985 Abs 2) nur zum Erben (§ 1833), nicht auch zu den Nachlaßgläubigern in einem Rechtsverhältnis, das ihn diesen gegenüber unmittelbar haftbar machen könnte (a. M. hierzu Strohal bei Planck, Vorbem vor § 1942, III, 5, c, ζ). Es sei denn, daß er die ihm auch den Gläubigern gegenüber auferlegte Auskunftspflicht verletzt, § 2012 Abs 1. Rückgriffsrecht des Erben § 1833. Die Tätigkeit des Nachlaßpflegers beginnt mit Besitzergreifung des Nachlasses und der Aufstellung des Nachlaßverzeichnisses nach § 1802. Sie beschränkt sich regelmäßig auf ordnungsmäßige Verwaltung (§ 2017) im Interesse des künftigen Erben. War dieser unbekannt, so muß er sich vor allem seine Ermittelung angelegen sein lassen. Nach Umständen, namentlich bei länger dauernder Ungewißheit (vgl. jedoch § 1964) kann völlige Liquidation des Nachlasses geboten sein. RG 27. 3. 08 III 303/07 gestattet ihm die Feststellungsklage, um die demnächstige Teilung zu ermöglichen. In den Fällen der §§ 1821, 1822, 1915 bedarf er der Genehmigung des Nachlaßgerichts. Jährliche Rechnungslegung § 1840 ff. Inventarfrist darf ihm nicht bestimmt werden, § 2012 Abs 1. Er ist in allen den Erben als solchen betreffenden Rechtsstreitigkeiten als sein gesetzlicher Vertreter aktiv und passiv, mit Wirkung für und gegen den Erben legitimiert. Insbesondere auch bezüglich des Erbschaftsanspruchs §§ 2018 ff. Doch ist zwischen dem Pfleger und dem die Annahme verzögernden oder dem als unbekannt geltenden Erben, also zwischen Vertreter und Vertretenem ein Streit über das Erbrecht begriffsmäßig ausgeschlossen (M 5, 551). Die Nachlaßpflegschaft erlischt, wenn sie gemäß § 1919 vom Nachlaßgericht aufgehoben wird, nicht unmittelbar mit Annahme der Erbschaft oder Ermittelung des unbekannten Erben (a. M. Dernburg V § 129, V). Ebensowenig durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses, da der Pfleger hierin den Gemeinschuldner zu vertreten hat. Der Erbe kann die Aufhebung der Pflegschaft nach Wegfall der Voraussetzungen des Abs 1 — also wenn er unbekannt war, auch noch vor der Annahme — beim Nachlaßgericht, da nötig im Beschwerde-, nicht aber im Prozeßwege betreiben.

6. Unbeschränkte Rechtsverfolgung gegen den Nachlaßvertreter, auch wenn er nicht gemäß § 1961 zu diesem Zwecke besonders bestellt war. Ein Arrestgrund kann regelmäßig nur aus der Person des Pflegers hergeleitet werden (RG 60, 182). Die aufschiebenden Einreden stehen auch dem Pfleger zu, §§ 2014 ff., 2017.

§ 1961

Das Nachlaßgericht hat in den Fällen des § 1960 Abs. 1 einen Nachlaßpfleger zu bestellen[1]), wenn die Bestellung zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlaß richtet, von dem Berechtigten beantragt wird[2]).

E I 2059 Abs 2 II 1838 Abs 1 M 5, 546 P 5, 666, 667.

1. Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs. Die Verweisung auf § 1960 Abs 1 kann nicht den Sinn haben, daß auch hier ein Bedürfnis für die Sicherung des Nachlasses im allgemeinen bestehen müsse. Es genügt, daß ein Nachlaßgläubiger jemandes bedarf, gegen den er seine Rechte verfolgen oder nach dem Tode des ursprünglichen Beklagten weiter verfolgen kann. Dies ist immer der Fall, wenn der Erbe oder Miterbe unbekannt ist oder noch nicht angenommen hat (§ 1958) und nicht anderweit, insbesondere durch Bestellung eines Testamentsvollstreckers Ersatz geschaffen ist (§ 2213). Nur in dieser Beschränkung hat der Gläubiger das Bedürfnis glaubhaft zu

machen (FGG § 15 Abs 2). Insbesondere bedarf es keiner Glaubhaftmachung des Anspruchs (so § 1994 Abs 2), sondern nur der Tatsache, daß er da nötig zur gerichtlichen Geltendmachung eines gewissen näher bezeichneten (nicht offenbar mutwilligen) Anspruchs entschlossen sei (a. M. Staudinger A 2, b). Die Bestellung des Nachlaßpflegers muß erfolgen und ist nicht wie in § 1960 Abs 2 in das Ermessen des Gerichtes gestellt. Daraus folgt auch die selbständige Ermittelungspflicht des Gerichts (RJA 8, 24).

2. Der einmal bestellte Pfleger ist **Nachlaßpfleger** im vollen Umfange der sonst diesem zustehenden Befugnisse (§ 1960 A 5), nicht bloß Vertreter im Prozesse (ZPO § 53), es sei denn, daß er nur neben dem Testamentsvollstrecker (zum Zwecke der Verfolgung des Pflichtteilsanspruchs § 2213 Abs 1) oder neben dem bereits bestellten Nachlaßpfleger wegen Widerstreits der Interessen nur für eine einzelne Angelegenheit, den Prozeß bestellt wäre. Abgesehen hiervon (§ 1918 Abs 3) erlischt sein Amt nur gemäß § 1919 mit der Aufhebung durch das Nachlaßgericht. Die Kosten der Pflegschaft gehören auch hier zu den Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1960 A 5), treffen deshalb nicht den Gläubiger. Vorschußpflicht nach Landesrecht, FGG § 200, Beschwerderecht des Gläubigers bei Ablehnung, FGG § 57 Nr 3. Einstweiliger besonderer Vertreter des Erben für die Zwangsvollstreckung ZPO § 779 Abs 2.

§ 1962

Für die Nachlaßpflegschaft tritt an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlaßgericht[1]).

E I 2061 II 1839 M 5, 549 P 5, 667; 6, 338.

1. Zuständigkeit des **Nachlaßgerichts**, FGG §§ 73, 74, 88. Abgabe der Pflegschaft an ein anderes Nachlaßgericht FGG § 75. Aufsichtsbefugnisse des Gerichts § 1837.

§ 1963

Ist zur Zeit des Erbfalls die Geburt eines Erben zu erwarten[1]), so kann die Mutter[2]), falls sie außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, bis zur Entbindung[3]) standesmäßigen Unterhalt[4]) aus dem Nachlaß oder, wenn noch andere Personen als Erben berufen sind, aus dem Erbteile des Kindes verlangen[5]). Bei der Bemessung des Erbteils ist anzunehmen, daß nur ein Kind geboren wird[6]).

E I 2027 II 1840 M 5, 489—491 P 5, 614—618.

1. Der **zu erwartende Erbe** kann als Abkömmling aus der Ehe seines Vaters mit der Mutter oder schlechthin als Abkömmling der Mutter kraft Gesetzes oder gewillkürter Erbfolge berufen sein. War das Kind zur Zeit des Erbfalls, wie hier vorausgesetzt wird, bereits erzeugt, so gilt es als vor dem Erbfalle geboren, § 1923 Abs 2. Nur wenn es als Erbe, nicht bloß als Ersatzerbe oder bedingter Erbe berufen, auch nicht wenn es bloß als Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigter in Betracht kommt, gebührt der Mutter der Unterhalt. Für den Fall der Nacherbfolge bestimmt § 2141.

2. Die **Mutter** jedes Erben, nicht bloß die Witwe des Erblassers.

3. Auch die Kosten der **Entbindung** selbst, bis zu ihrer Vollendung gehören zum Unterhalt (§ 1610 Abs 2), nicht aber die Kosten des Wochenbetts oder einer etwa durch die Entbindung verursachten Krankheit.

4. **Standesmäßiger Unterhalt**, gemessen an der Lebensstellung der Mutter (§ 1610 Abs 1) und in Übereinstimmung mit § 1602 Abs 1 nur soweit sie außerstande ist sich selbst zu unterhalten. Entsprechend § 1578 Abs 1 mindert sich der Unterhaltsanspruch auch insoweit, als sie nach den in Betracht kommenden Verhältnissen zum Erwerb durch Arbeit imstande ist. Der Gedanke des Gesetzes ist „das Kind in der Mutter zu schützen, indem für diese gesorgt wird" (M 5, 489). Da das Gesetz diese Verpflichtung unmittelbar dem Nachlaß oder dem Erbteil des Kindes auferlegt, erklärt es beide vor den sonstigen gemäß §§ 1606 bis 1609 der Mutter gegenüber unterhaltspflichtigen Personen für haftbar. Die entsprechende Anwendung der allgemeinen Unterhaltsvorschriften ist abweichend von § 1360 Abs 3 und § 1580 Abs 3 nicht vorgeschrieben. Durch die Natur der Sache ist ausgeschlossen, daß der Anspruch immer auf eine für je 3 Monate vorauszuzahlende Geldrente zu lauten habe (§§ 1612 Abs 1, 760 Abs 2). Selbstverständlich ist, daß der Unterhalt, je nach der Lebensstellung der Mutter, auch den durch die Schwangerschaft gesteigerten Lebensbedarf (ärztliche Behandlung, vorbeugende hygienische Maßnahmen) umfaßt.

5. Der Unterhaltsanspruch gehört nicht wie der Voraus (§ 1932) oder der Dreißigste (§ 1969 Abs 2) zu den sogen. gesetzlichen Vermächtnissen. Die besondern auf

Vermächtnisse bezüglichen Vorschriften (§§ 1972, 1991 Abs 4, 1992) leiden mithin keine Anwendung. Er bildet vielmehr eine gewöhnliche, nicht auf die Einkünfte des Nachlasses beschränkte, den Erben als solche treffende Nachlaßverbindlichkeit, § 1967 Abs 2. Der **Nachlaß ist Schuldner,** wenn der Erzeugte als alleiniger Erbe berufen ist. Dann wird es, falls nicht ein Testamentsvollstrecker vorhanden ist, zur Geltendmachung des Anspruchs regelmäßig der Bestellung eines Nachlaßpflegers bedürfen (§ 1961). Keinesfalls kann er gegen den Vertreter der Leibesfrucht (§ 1912) gerichtet werden. Der **Erbteil des Kindes** ist Schuldner (a. M. Binder I, 210), wenn neben ihm Miterben berufen sind. Auch der Erzeugte gilt bereits als Miterbe, steht deshalb, wenn auch nur bedingungsweise, mit den übrigen Erben in der Erbengemeinschaft (§ 2032). Da aber die endgültige Auseinandersetzung bis zur Geburt ausgeschlossen ist (§ 2043 Abs 1), so würde der Zweck des Gesetzes regelmäßig vereitelt werden, wenn die Mutter den Unterhalt nur aus dem verlangen könnte, was dem Erzeugten künftig bei der Auseinandersetzung zukommt. § 2046 Abs 1, der übrigens nur auf das Verhältnis der Miterben zueinander abstellt, ist deshalb unanwendbar. Die hier fragliche, der Natur der Sache nach fällige und unaufschiebliche Verbindlichkeit muß deshalb, soweit der Erbteil des Erzeugten reicht; da nötig, bis zur völligen Aufzehrung schon vor der Auseinandersetzung berichtigt werden (§ 2046 Abs 1). Zu diesem Zwecke macht sich, wie auch sonst erforderlich werden kann (§ 2039 A 1) eine vorläufige Abschätzung des Erbteils notwendig. Zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs bedarf die Mutter, die selbst nicht Mitglied der Erbengemeinschaft ist, auch hier regelmäßig der Bestellung eines Nachlaßpflegers für den noch ungeborenen Miterben (§ 1961). Erst durch Pfändung des Erbteils (ZPO §§ 859 Abs 2, 857, hierzu RG 49, 405) bringt sie sich in die Lage, neben dem Pfleger innerhalb der Erbengemeinschaft ihre Rechte wahren zu können. Dem praktischen Bedürfnis wird am einfachsten durch einstweilige Verfügung des Prozeßrichters abgeholfen (ZPO § 940, RG 27, 429). Wie bei allen Nachlaßverbindlichkeiten, so gilt auch gegenüber dem Unterhaltsanspruch der Grundsatz der Beschränkbarkeit der Haftung §§ 1975 ff., bei Miterben §§ 2058 ff. Die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014 ff. sind gleichfalls durch die Natur der Sache ausgeschlossen. — Kommt es zu einer Totgeburt, so geht die auf der Erbschaft oder dem Erbteil des Erzeugten ruhende Unterhaltspflicht, soweit ihr noch nicht genügt ist, auf den nachrückenden Erben über. War eine Schwangerschaft überhaupt nicht oder nicht aus der Ehe mit dem das Erbrecht des Erzeugten vermittelnden Manne vorhanden, so steht gegen die Mutter vorbehaltlich ihrer Haftung aus §§ 823, 826 der Bereicherungsanspruch zu (§§ 812 ff.).

6. Werden **mehrere Erben geboren,** so haften sie der Mutter mit dem ganzen Nachlasse oder, wenn es sich von vornherein nur um einen Erbteil handelte, mit den sich nun herausstellenden mehreren Erbteilen als Gesamtschuldner (§§ 2058 ff.), wenn auch der Umfang des Anspruchs sich nur nach einem Erbteile bemißt.

§ 1964

Wird der Erbe nicht innerhalb einer den Umständen entsprechenden Frist ermittelt,[1]**) so hat das Nachlaßgericht festzustellen, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist**[2]**).**

Die Feststellung begründet die Vermutung, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe sei[3]**).**

E I 2067 Abs 1, 4 II 1841 Abs 1 M 5, 555 P 5, 670; 6, 338, 395.

1. Die Verpflichtung des Nachlaßgerichts zur Fürsorge für den unbekannten Erben (§ 1960 A 3) bringt die Notwendigkeit mit sich, hierüber und zwar von Amts wegen **Ermittelungen des Erben** vorzunehmen (FGG §§12, 15), auch wenn ein Nachlaßpfleger nicht bestellt ist. Ebenso im Erbscheinverfahren § 2358. Wie weit die Ermittelungen, die auch im Falle des § 1965 Abs 1 Satz 2 nicht ganz unterbleiben dürfen (OLG 9, 384), auszudehnen sind und welche **Frist** den Umständen entspreche, unterliegt pflichtmäßigem Ermessen (RJA 9, 217). Einsicht der Ermittelungen FGG § 78.

2. Steht das Vorhandensein auch nur eines entfernteren Verwandten fest, so ist die **Feststellung zugunsten des Fiskus** auch dann ausgeschlossen, wenn nicht zu ermitteln ist, ob nähere Verwandte weggefallen sind (RJA 7, 178). Beschwerderecht sowohl des vermeintlichen Erben, als (gegen die abgelehnte, wie auch gegen die getroffene Feststellung, RJA 4, 21) des Fiskus FGG §§ 19 ff.

3. Gegen die **Vermutung** ist der Beweis des Gegenteils zulässig, ZPO § 292. Ebenso beim Erbschein § 2365, der nach § 2353 auf Antrag auch dem Fiskus zu erteilen ist. Die Vermutung des Abs 2 allein gewährt Dritten noch nicht den Schutz der §§ 2366, 2367. Nur das gesetzliche Erbrecht des Fiskus (§ 1936), nicht auch das auf Verfügung von Todes wegen beruhende bedarf der Feststellung. Der Fiskus kann auch Vorerbe sein (§ 2105 Abs 1).

§ 1965

Der Feststellung hat eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte unter Bestimmung einer Anmeldungsfrist vorauszugehen; die Art der Bekanntmachung und die Dauer der Anmeldungsfrist bestimmen sich nach den für das Aufgebotsverfahren geltenden Vorschriften[1]. Die Aufforderung darf unterbleiben, wenn die Kosten dem Bestande des Nachlasses gegenüber unverhältnismäßig groß sind[2].

Ein Erbrecht bleibt unberücksichtigt, wenn nicht dem Nachlaßgerichte binnen drei Monaten nach dem Ablaufe der Anmeldungsfrist nachgewiesen wird, daß das Erbrecht besteht oder daß es gegen den Fiskus im Wege der Klage geltend gemacht ist[3]. Ist eine öffentliche Aufforderung nicht ergangen, so beginnt die dreimonatige Frist mit der gerichtlichen Aufforderung, das Erbrecht oder die Erhebung der Klage nachzuweisen[2].

E I 2067 Abs 1—3 II 1841 Abs 2, 3 M 5, 554—556 P 5, 670; 6, 338.

1. **Aufgebotsverfahren** ZPO §§ 948—950, 204. Der Androhung von Rechtsnachteilen (ZPO § 947 Nr 3) bedarf es nicht, da das Erbrecht durch Unterlassen der Anmeldung nicht verloren gehen kann (§ 1964 Abs 2). Ebenso fakultativ beim Erbschein § 2358 Abs 2. Auch eine erst nach Ablauf der mindestens sechswöchigen Anmeldungsfrist erfolgte Anmeldung ist zu berücksichtigen, wenn nur binnen 3 Monaten den Erfordernissen des Abs 2 genügt wird.

2. Ebenso beim Aufgebot der Nachlaßgläubiger § 1980 Abs 2. Die Dreimonatsfrist des Abs 2 läuft in diesem Falle, wenn eine Anmeldung erfolgt, von Empfang der gerichtlichen Aufforderung ab (Schlußsatz). Wenn keine Anmeldung erfolgt, von der letzten in der Sache vorgenommenen Amtshandlung ab.

3. Das Nachlaßgericht hat die **Dreimonatsfrist** (A 2) nur dann abzuwarten, wenn vorher ein Erbrecht angemeldet worden ist (RJA 9, 215), bevor es sich über die Feststellung des fiskalischen Erbrechts schlüssig macht. Erbrechte, die erst nach Ablauf der Dreimonatsfrist angemeldet, wenn auch sogleich voll bewiesen sind, hindern diese Feststellung nicht. Sie sind gemäß § 1966 unmittelbar gegenüber dem Fiskus zu verfolgen. Erachtet das Nachlaßgericht das rechtzeitig angemeldete Erbrecht für voll bewiesen, so ist damit das Erbrecht des Fiskus gegenstandslos. Ist der Beweis unzulänglich oder so umfänglich, daß er vor Ablauf der Dreimonatsfrist nicht erhoben werden kann, so wird es den Anmeldenden zur rechtzeitigen Klagerhebung verweisen. Ist die *Klagerhebung* — gegen den Fiskus oder vonseiten des Fiskus (als negative Feststellungsklage) gegen den angemeldeten Erben — vor Fristablauf nicht nachgewiesen, so bleibt das Erbrecht unberücksichtigt. Ist die Klage erhoben, so wird das Nachlaßgericht das weitere Verfahren bis nach Erledigung des Rechtsstreits oder doch bis ihm der Streit genügend geklärt scheint, aussetzen (ZPO § 953). Dagegen darf es *keine* Feststellung zugunsten des Fiskus *mit Vorbehalt* des angemeldeten Rechts treffen (so auch § 2360 A 1 beim Erbschein). Das Gericht wird die Entscheidung nicht vor Gehör des Fiskus, des Anmeldenden oder des etwa bestellten Nachlaßpflegers erlassen, ist aber *formell* weder durch Anerkenntnisse der Beteiligten noch durch die ergangenen, insbesondere *nicht* durch die zwischen mehreren Erbprätendenten ergangenen Urteile *gebunden*. Dem Fiskus wie dem Anmeldenden steht sowohl gegen die Feststellung wie gegen deren Ablehnung die Beschwerde aus FGG §§ 19 ff. offen. Vgl. auch § 1964 A 2.

§ 1966

Von dem Fiskus als gesetzlichem Erben und gegen den Fiskus als gesetzlichen Erben[1] kann ein Recht erst geltend gemacht werden, nachdem von dem Nachlaßgerichte festgestellt worden ist, daß ein anderer Erbe nicht vorhanden ist[2].

E I 1974 Abs 5 II 1842 M 5, 380 P 5, 487—490.

1. Der **Fiskus** kommt hier nur als **gesetzlicher Erbe** (§ 1936) in Betracht. Im Falle der gewillkürten Erbfolge steht ihm § 1958 zur Seite. Als nur vermeintlicher Erbe oder Erbschaftsbesitzer (§ 2018) kann er ohne weiteres belangt werden.

2. *Feststellung* § 1964 Abs 1. Der *Nachweis* der erfolgten Feststellung liegt (wie § 1958 A 1) dem Kläger ob. — Entsprechende Anwendung bei Anfall des Vereins- oder Stiftungsvermögens §§ 46, 88. An Stelle des Nachlaßgerichts tritt das nach § 21 zuständige Amtsgericht.

Zweiter Titel

Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten

1. Mit dem Vermögen des Erblassers gehen auch seine Schulden auf den Erben über (§ 1922 A 5). Hierzu kommen neue durch Verfügungen von Todes wegen, durch den Erbfall selbst und durch Abwickelung des Nachlasses entstehende Verbindlichkeiten. Dies alles sind „Nachlaßverbindlichkeiten", § 1967 Abs 1. Ihr Schuldner ist, da es ein von seiner Person losgelöstes Nachlaßvermögen nicht gibt, der Erbe. Daraus folgt, daß alle Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich gegen den Erben geltend zu machen sind. Ob nach dem System des BGB der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich unbeschränkt, d. h. sowohl mit dem ererbten als mit dem eigenen Vermögen haftet (so die herrschende und richtigere Meinung) oder ob seine Haftung grundsätzlich auf den Nachlaß beschränkt ist und nur ausnahmsweise auf sein eigenes Vermögen übergreift, ist nur von theoretischer Bedeutung. Jedenfalls gibt das Gesetz dem Erben Mittel an die Hand, die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, deren er nur durch seine Schuld verlustig gehen kann.

2. Das wirksamste und umfassendste Mittel ist die Herbeiführung des Nachlaßkonkurses (KO §§ 214—235) oder der Nachlaßverwaltung (§§ 1975—1989). In beiden Fällen tritt eine vollständige Absonderung des Nachlaßvermögens von dem eignen Vermögen des Erben ein, er verliert die Passivlegitimation (KO § 8, BGB § 1984 Abs 1 Satz 3) und kann noch in der Zwangsvollstreckung die Nachlaßgläubiger von seinem eignen Vermögen abwehren (ZPO § 784). In allen übrigen Fällen richtet sich der Anspruch von vornherein gegen die Person wie gegen das eigene Vermögen des Erben. Der Nachlaßgläubiger braucht nur nachzuweisen, daß der Erbe angenommen hat (§ 1958, ZPO § 778) und kann abwarten, ob der Erbe, sei es im Rechtsstreite selbst oder, gestützt auf ZPO §§ 780, 785, erst in der Zwangsvollstreckung einwendet, daß und warum er nur mit dem Nachlaßvermögen hafte. Dies gestattet ihm das Gesetz auch ohne Konkurseröffnung und Nachlaßverwaltung im Falle des dürftigen Nachlasses (§§ 1990—1992) und ferner, wenn der betreibende Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen worden war oder seinen Anspruch verspätet geltend gemacht hatte (§§ 1970—1974). Auch in diesen Fällen ist der Erbe in der Lage, zwar nicht allgemein, aber doch dem betreffenden Gläubiger gegenüber die Absonderung des Nachlasses von seinem eigenen Vermögen durchzuführen und zu erreichen, daß er nur cum viribus hereditatis haftet.

3. Die Inventarerrichtung (§§ 1993—2013) ist nach dem BGB weder notwendig, noch für sich allein geeignet, dem Erben die auf den Nachlaß beschränkte Haftung zu sichern. Wohl aber kann er durch Nichterrichtung des Inventars innerhalb der ihm gesetzten Inventarfrist (§ 1994) oder durch ungetreue Inventarerrichtung (§ 2005) der Wohltat der beschränkten Haftung verlustig gehen und hierdurch allen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar werden. Damit hat er zugleich das — nunmehr zwecklos gewordene — Recht verwirkt, das Aufgebotsverfahren oder die Anordnung der Nachlaßverwaltung zu beantragen (§ 2013, ZPO § 991 Abs 1).

4. Auch wenn der Erbe im allgemeinen noch berechtigt ist, die Gläubiger auf den Nachlaß zu verweisen, kann er doch einem einzelnen Nachlaßgläubiger gegenüber dieses Recht verlieren und ihm unbeschränkt auch mit dem eigenen Vermögen haftbar werden, wenn er nicht Sorge trägt, daß ihm die Beschränkung der Haftung im Urteile vorbehalten wird (ZPO § 780 Abs 1) und wenn er nicht demnächst in der Zwangsvollstreckung auf Grund dieses Vorbehaltes Einwendungen erhebt (ZPO §§ 781, 785). Ebenso haftet er unbeschränkt gegenüber dem antragstellenden Gläubiger, wenn er nach gelegtem Inventar die Leistung des Offenbarungseides verweigert (§ 2006 Abs 3).

5. Die in §§ 2014—2017 dem Erben gewährten aufschiebenden Einreden haben mit der Frage der Schuldenhaftung nichts zu tun. Sie sichern ihm nur die Möglichkeit, sich ungestört von den Nachlaßgläubigern über den Bestand des Nachlasses zu vergewissern.

6. Die gleichen Grundsätze gelten für die Schuldenhaftung der Miterben, die nach § 2058 eine gesamtschuldnerische ist. Dem einzelnen Miterben steht bis zur Teilung eine aufschiebende Einrede besondern Inhalts (§ 2059), überdies das Recht des Privataufgebots zu (§ 2061). Nach durchgeführter Erbauseinandersetzung tritt in gewissen Fällen eine Teilhaftung des einzelnen Miterben ein, die wiederum beschränkt oder unbeschränkt sein kann (§ 2060).

7. Besondere Vorschriften für die Schuldenhaftung des Nacherben §§ 2144 ff., bei Beendigung und Fortsetzung der allgemeinen Gütergemeinschaft §§ 1480, 1489, bei Fortführung eines zum Nachlasse gehörenden Handelsgeschäfts HGB §§ 27, 139.

I. Nachlaßverbindlichkeiten

§ 1967

Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten[1]).

Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören außer den vom Erblasser herrührenden Schulden[2]) die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten[3]), insbesondere die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen[4]).

E I 2051 Satz 1, 2092 Abs 2 II 1843 M 5, 525—530, 602—604 P 5, 649, 650, 731, 740.

1. Ausgestaltung der Haftung im einzelnen s. Vorbem. — **Nachlaßverbindlichkeiten.** Das Gesetz unterscheidet zwischen den bereits in der Person des Erblassers vorhanden gewesenen und den erst in der Person des Erben entstehenden Verbindlichkeiten. Es spricht ferner von gemeinschaftlichen im Gegensatz zu den nur einigen Miterben zur Last fallenden Verbindlichkeiten (§§ 2058, 2046 Abs 2). War mit der Erbschaft zugleich eine weitere bereits dem Erblasser angefallene Erbschaft auf den Erben übergegangen (§ 1952 Abs 1), so bilden, wenn er nicht unbeschränkt haftet, beide Nachlässe in Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten getrennte Massen. Verjährung § 207. Besonderer Gerichtsstand ZPO §§ 27, 28.

2. Bezüglich der **Erblasserschulden,** soweit sie nicht durch den Tod erlöschen (§ 1922 A 5), genügt es, daß zu Lebzeiten des Erblassers bereits der Verpflichtungsgrund, wenn auch nur bedingt, entstanden war. Haftung der Erben des Komplementars für die Verbindlichkeiten der nunmehr in Liquidation getretenen Kommanditgesellschaft RG 72, 119.

3. **Den Erben als solchen** treffen die erst vermöge des Erbfalls in seiner Person neu entstehenden Verbindlichkeiten, sei es, daß sie ihm durch den Willen des Erblassers (Schlußsatz) oder unmittelbar vom Gesetz auferlegt sind. Zu den letzteren gehören die Beerdigungskosten (§ 1968), der Dreißigste (§ 1969), die Ansprüche des ausschlagenden Erben aus der Geschäftsführung (§ 1959 Abs 1). Ausdrücklich oder doch mittelbar sind als dem Nachlasse oder der Erbschaft und somit dem Erben als solchem zur Last fallend anerkannt die Kosten des Aufgebots in den Fällen des § 1965 Abs 1 (nicht aber § 2061 Abs 2 a. E.), der Nachlaßverwaltung (§§ 1982, 1988 Abs 2, RG JW 06, 114[13]), des auf Verlangen des Nacherben (§§ 2121 Abs 4, 2123 Abs 1), des Pflichtteilsberechtigten (§ 2314 Abs 2), oder des vom Testamentsvollstrecker aufgestellten Verzeichnisses (§ 2215 Abs 5), der Todeserklärung (ZPO § 971). Ebenso die Erbschaftssteuer, ErbschStG v. 3. 6. 06 § 31. Wenn KO § 224 Nr 4 die Kosten der Testamentseröffnung, der Nachlaßsicherung, des Gläubigeraufgebots und der Inventarerrichtung als Masseschulden im Nachlaßkonkurs aufführt, so sind sie damit auch als Nachlaßverbindlichkeiten anerkannt. Insbesondere treffen den Erben als solchen die vom Testamentsvollstrecker (RG 60, 30) und vom Nachlaßpfleger eingegangenen Verbindlichkeiten (§ 1960 A 5). Auch durch ein in Verwaltung des Nachlasses, im Namen und für Rechnung des Nachlasses vom Erben erklärtes Anerkenntnis einer Nachlaßschuld wird eine den Erben als solche treffende Verbindlichkeit begründet, RG 62, 38; dagegen Eccius in Gruch 51, 564. Im Gegensatz zu den ihn als solchen treffenden stehen Eigenverbindlichkeiten des Erben, für die er nur mit seinem Vermögen haftet. Dies gilt besonders von den durch schuldvolle Verwaltung des Nachlasses aus §§ 1978—1980, 2313, 2314, auch 2384 entspringenden Verbindlichkeiten des Erben, wenn auch die Forderung des hierdurch geschädigten Nachlaßgläubigers und der an ihre Stelle tretende Schadenersatzanspruch deshalb nicht aufhört, ein gegen den Nachlaß zustehender Anspruch zu sein (a. M. Binder II, 48). Aus Rechtsgeschäften, die der Erbe in den ihn als solchen betreffenden Angelegenheiten, z. B. zur Beerdigung des Erblassers mit Dritten abschließt, ohne die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, bleibt der Erbe persönlich verpflichtet, doch erwirbt der Dritte daraus auch gegen den Nachlaß Ansprüche. Dasselbe gilt von den Kosten eines vom oder gegen den Erben in dieser Eigenschaft begonnenen oder fortgesetzten Prozesses. Umgekehrt steht auch dem Erben gegen den Nachlaß aus der Erfüllung von Nachlaßverbindlichkeiten ein Ersatzanspruch zu (§§ 1978, 1979, 1991 Abs 1, KO § 224 Nr 1), der wiederum eine Nachlaßverbindlichkeit begründet.

4. Die Verbindlichkeiten aus **Pflichtteilsrechten** (§ 2317), **Vermächtnissen** (§ 2174), zu denen auch die sogen. gesetzlichen Vermächtnisse (§§ 1932, 1969) gehören und aus **Auflagen** (§ 2192) werden durch das Aufgebot nicht betroffen (§ 1972) und bleiben für die Frage der Überschuldung bei Eröffnung des Nachlaßkonkurses außer Betracht (§ 1980 Abs 1), stehen aber den übrigen Nachlaßverbindlichkeiten nach (§§ 1973 Abs 1, 1991 Abs 4, 1992). **Rangordnung im Konkurse** KO § 226 und § 2189.

§ 1968

Der Erbe trägt die Kosten[1]) der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers[2]).

E I 2055 II 1844 M 5, 535, 536 P 5, 654.

1. Das Gesetz verpflichtet den Erben nicht zur Beerdigung des Erblassers. Hierüber bestimmt das öffentliche Recht. Wegen der Erbbegräbnisse s. EG Art 133. Nur die **Kosten** hat er zu tragen. Diese Verpflichtung ist damit als Nachlaßverbindlichkeit anerkannt (§ 1967 A 3) und unterliegt als solche bezüglich des Umfanges der Haftung den allgemeinen Grundsätzen. Dies schließt nicht aus, daß der Erbe durch in bezug auf die Beerdigung vorgenommene Rechtsgeschäfte auch eine Eigenverbindlichkeit (§ 1967 A 3) auf sich nimmt. Masseschuld im Konkurse KO § 224 Nr 2. Hat der Erbschaftsbesitzer die Beerdigungskosten getragen, so gehören sie zu den ihm vom Erben zu erstattenden Verwendungen, § 2022 Abs 2. Aushilfsweise Haftung des Unterhaltspflichtigen §§ 1615 Abs 2, 1580 Abs 3, 1360 Abs 3, des unehelichen Vaters § 1713 Abs 2. Ersatzanspruch des Erben im Falle der Tötung § 844 Abs 1, HaftpflG § 3 Abs 1 (EG Art 42). Haftung des Reeders HGB § 554, SeemO § 64.

2. **Standesmäßige Beerdigung.** Hierunter muß auch die im einzelnen Falle gerechtfertigte Feuerbestattung verstanden werden (a. M. Planck A 2, Staudinger A 4). Sie bestimmt sich nach der Lebensstellung des Erblassers (§ 1610 Abs 1) und begreift „die landesüblichen, kirchlichen und bürgerlichen Leichenfeierlichkeiten", sowie die Errichtung, nicht auch die Instandhaltung eines „angemessenen Grabdenkmals" (a. M. Planck A 2) in sich. So ErbschftStG § 29 Abs 3. Unter Umständen auch die Überführung der Leiche nach einem entfernteren Orte (**RG** 66, 308), sowie die Beschaffung von Trauerkleidung für Gesinde oder dürftige Angehörige. Immerhin hat sich der Erbe nach dem Stande des Nachlasses und nach der Volkssitte (Beisetzung der Asche **RG** JW 09, 410[1]) zu richten und kann sich durch übermäßigen Aufwand den Nachlaßgläubigern aus §§ 1978—1980 ersatzpflichtig machen. Als Erblasser kommt im Falle der Nacherbschaft selbstverständlich nicht der Vorerbe in Betracht. — Letztwillige Anordnungen bezüglich der Beerdigung als Auflagen § 1940 A 4.

§ 1969

Der Erbe ist verpflichtet[1]), Familienangehörigen des Erblassers, die zur Zeit des Todes des Erblassers zu dessen Hausstande gehört und von ihm Unterhalt bezogen haben[2]), in den ersten dreißig Tagen[3]) nach dem Eintritte des Erbfalls in demselben Umfange, wie der Erblasser es getan hat, Unterhalt zu gewähren[4]) und die Benutzung der Wohnung und der Haushaltsgegenstände zu gestatten[5]). Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung eine abweichende Anordnung treffen[6]).

Die Vorschriften über Vermächtnisse finden entsprechende Anwendung[7]).

KB 310.

1. Das **Recht auf den Dreißigsten** begründet eine Nachlaßverbindlichkeit im Sinne von § 1967 Abs 1, für die der Erbe nach allgemeinen (Vorbem) und den besonderen für Vermächtnisse geltenden Grundsätzen (§§ 1973 Abs 1, 1991 Abs 4) die Haftung auf den Nachlaß beschränken kann. Vor Annahme der Erbschaft kann sie nicht gegen den Erben geltend gemacht werden, § 1958. Regelmäßig bedarf es deshalb der Bestellung eines Nachlaßpflegers, § 1961. Die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 sind der Natur der Sache nach ausgeschlossen.

2. **Familienangehörige des Erblassers** (StGB § 52, ZPO § 181 Abs 1) sind die durch Ehe, Verlöbnis, Verwandtschaft, Schwägerschaft, Annahme an Kindes Statt oder pflegeelterliches Verhältnis mit ihm verbundenen Personen, auch wenn sie nicht zu den Unterhaltsberechtigten (§§ 1601 ff.) gehören. Nicht aber Personen, die bloß auf Grund eines Vertragsverhältnisses den Hausstand teilen, z. B. Hauslehrer, Gesellschafterinnen, Gesinde. — Die Zugehörigkeit zum **Hausstande** (§ 1617) setzt ein auf längere Dauer berechnetes räumliches Zusammensein mit den übrigen Familiengliedern voraus. Bloß vorübergehende Anwesenheit (zum Besuche) genügt nicht. Umgekehrt hebt vorübergehende Abwesenheit (auf Reisen, zu Studienzwecken) das Zugehörigkeitsverhältnis nicht auf. Inwieweit bei abgesonderter Wohnung (Auszügler) Gemeinsamkeit des Hausstandes zu verneinen sei, ist Tatfrage. — Die Berechtigten müssen tatsächlich **vom Erblasser Unterhalt bezogen** haben. Ob in Natur oder in Form der Rente, ob auf Grund gesetzlicher Unterhaltspflicht oder freiwillig oder auf Grund Vertrages macht keinen Unterschied.

3. Fristberechnung §§ 187 Abs 1, 188 Abs 1. Im Falle der Todeserklärung kann die Frist (§ 18) und damit die Wohltat des Dreißigsten nicht mehr in Frage kommen. § 1974 Abs 1 Satz 2 ist nicht übertragbar.

4. Für das **Maß des Unterhalts** und die Art der Gewährung ist nur die bisherige tatsächliche Übung, nicht der standesmäßige Bedarf (§ 1610 Abs 1) entscheidend. Der Anspruch erlischt durch Aufgabe der häuslichen Gemeinschaft. Er ist als gesetzlicher Unterhaltsanspruch nicht übertragbar und unpfändbar, §§ 399, 400, ZPO § 850 Nr 2. Immerhin wurzelt er im mutmaßlichen Willen des Erblassers (bei A 6 und 7). Die Vorschriften der §§ 1613, 1614 (Unterhalt für die Vergangenheit, Unverzichtbarkeit für die Zukunft) können deshalb auch nicht entsprechend angewendet werden. § 1613 umsoweniger, als es innerhalb der 30 Tage mit Rücksicht auf § 1958 und den umständlichen Weg des § 1961 vielfach an einem Verpflichteten fehlen wird, den der Berechtigte wirksam in Verzug setzen könnte (a. M. Planck A 4, d Staudinger A 8).

5. Auch in der **Benutzung der Wohnung und der Haushaltsgegenstände** liegt die Gewährung eines Vermögensvorteils, die aus dem unzulänglichen Nachlaß nicht gefordert werden kann, §§ 1991 Abs 4. Schadenersatz kann nur gefordert werden, soweit dem Berechtigten die Benutzung vorenthalten worden ist.

6. **Letztwillige Verfügung** s. § 1937 A 1. Der Erblasser kann einen andern als den Erben beschweren (§ 2147), den Dreißigsten ganz ausschließen, ihn nach Umfang und Dauer vermindern oder einen Vorrang anordnen (§ 2189). Insoweit er ihn erweitert, handelt es sich um reines Vermächtnis.

7. Fall des **gesetzlichen Vermächtnisses** § 1939 A 5. Der Berechtigte hat nur ein Forderungsrecht aus § 2174, keinen dinglichen Anspruch und genießt keinen Besitzschutz nach §§ 858 ff. (a. M. Dernburg V § 152, 2) Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit § 2345.

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger

Die öffentliche Aufforderung der Nachlaßgläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens (§ 1970) verschafft dem Erben nicht nur eine zuverlässige Übersicht über den Stand des Nachlasses, sondern sichert ihn auch gegen die Gefahr, mit dem eigenen Vermögen und über den Betrag seiner Bereicherung durch die Erbschaft hinaus für die Nachlaßverbindlichkeiten in Anspruch genommen zu werden (§ 1973). In derselben Weise ist er auch ohne Aufgebot sichergestellt, wenn die Nachlaßverbindlichkeiten später als 5 Jahre nach dem Erbfall gegen ihn geltend gemacht werden (§ 1974). Die gleichen Grundsätze gelten, und zwar zugleich mit der Wirkung, die gesamtschuldnerische in eine Teilhaftung zu verwandeln, für die Miterben (§ 2060 Nr. 1 und 2, s. auch § 2045).

§ 1970

Die Nachlaßgläubiger[1]) können im Wege des Aufgebotsverfahrens[2]) zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert werden[3]).

E I 2120 Abs 1 II 1845 M 5, 644, 645 P 5, 743, 774—777.

1. Die Aufforderung richtet sich mit Ausnahme von §§ 1971, 1972 an alle **Nachlaßgläubiger** ohne Unterschied, selbst dann, wenn ihre Ansprüche gegen den Erblasser bereits rechtskräftig durchgeführt, wenn sie dem Erben bekannt, gegen ihn rechtshängig gemacht, wenn sie nur bedingt, betagt, auch nur erst voraussehbar waren (z. B. Rückgriffsforderungen des Bürgen). Dagegen ist der Erbe oder Miterbe, der selbst das Aufgebot beantragt hatte, nicht genötigt, seine eigenen Ansprüche an den Nachlaß (§§ 1976, 1991 Abs 2 oder 1978 Abs 3, 1991 Abs 1) anzumelden. Anders, wenn der Antrag vom Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker gestellt war. Endlich gehen diejenigen Gläubiger, welchen der Erbe bereits unbeschränkt haftbar geworden ist (Vorbem 4 vor § 1967) der daraus erlangten Rechte durch unterlassene Anmeldung nicht verlustig.

2. Das **Aufgebotsverfahren** ist in ZPO §§ 989—1000 geregelt. Antragsberechtigt ist jeder Erbe, Miterbe, Nacherbe nach Annahme der Erbschaft, sofern er nicht und zwar allen Gläubigern gegenüber für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (Vorbem 3 vor § 1967, jedoch auch § 2013 A 2a und ZPO § 997 Abs 2). Vorgängige Inventarerrichtung ist nicht erforderlich. Selbständig neben dem Erben, somit auch wenn dieser unbeschränkt haftet, sind antragsberechtigt der Nachlaßpfleger sowohl im Sinne von § 1960 wie von §§ 1975 ff. als Nachlaßverwalter, ferner nach Annahme der Erbschaft der Testamentsvollstrecker, vorausgesetzt, daß ihnen, was beim Nachlaßverwalter selbstverständlich, die Verwaltung des Nachlasses zusteht (§§ 2205, 2208, ZPO § 991). Ausnahmsweise haben auch der Ehemann der Erbin, sowie der Erbschaftskäufer das Antragsrecht (ZPO

§§ 999, 1000). Kein Aufgebot neben dem Nachlaßkonkurs, dessen Eröffnung beendet das Verfahren (ZPO § 993). Dasselbe gilt, wenn dem Nachlaßgericht bekannt wird, daß der antragstellende Erbe unbeschränkt haftbar geworden ist. Dagegen wird durch Anordnung der Nachlaßverwaltung das Antragsrecht des Erben und der Fortgang des Verfahrens nicht berührt. Das Antragsrecht ist zeitlich nicht beschränkt. Doch verliert der Erbe die aufschiebenden Einreden aus § 2015 und ZPO §§ 305, 782, wenn er den Antrag nicht innerhalb Jahresfrist nach der Annahme gestellt hat.

3. Der Erbe und der Nachlaßverwalter sind nach §§ 1980 Abs 2 und 1985 Abs 2 bei Vermeidung des Schadenersatzes verpflichtet, in den dort vorgesehenen Fällen das Aufgebot zu beantragen. Die Kosten des Verfahrens zählen zu den Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 A 3).

§ 1971

Pfandgläubiger und Gläubiger, die im Konkurse den Pfandgläubigern gleichstehen[1], sowie Gläubiger, die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf Befriedigung aus diesem Vermögen haben[2], werden, soweit es sich um die Befriedigung aus den ihnen haftenden Gegenständen handelt, durch das Aufgebot nicht betroffen[3]. Das Gleiche gilt von Gläubigern, deren Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert sind[4]) oder denen im Konkurs ein Aussonderungsrecht zusteht, in Ansehung des Gegenstandes ihres Rechtes[5].

E I 2125 II 1847 M 5, 647, 648 P 5, 743, 777—780.

1. Bestehende dingliche Rechte der Nachlaßgläubiger werden durch den Erbfall und durch eine etwaige Unzulänglichkeit des Gesamtnachlasses nicht berührt. Auch die Fünfjahrsfrist des § 1974 kommt ihnen gegenüber nicht in Betracht. Soweit sie sich auf Geltendmachung dieser Rechte beschränken, würden die Gläubiger durch den Anmeldungszwang unnötig beschwert. Den **Pfandgläubigern**, die an einem Nachlaßgegenstand ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht haben (KO § 48), sind KO § 49 unter andern auch diejenigen **gleichgestellt**, welchen ein gesetzliches oder durch Pfändung erlangtes Pfandrecht zusteht. Sie werden auch dann vom Aufgebot nicht betroffen, wenn sie das Pfandrecht erst nach dem Erbfall, z. B. durch Zwangsvollstreckung gemäß ZPO § 782 erlangt haben, und deshalb den aufschiebenden Einreden des Erben noch ausgesetzt sind (§ 2016 Abs 2). — Schiffspfandrecht FGG §§ 100 ff.

2. Die **Realberechtigten** des ZVG § 10. Ihnen gegenüber kann gemäß §§ 175—179, 174 ZVG durch den Antrag auf Zwangsversteigerung des Nachlaßgrundstücks Gewißheit darüber erlangt werden, ob sie sich auf das Grundstück beschränken oder ob und zu welchem Betrage sie wegen des Ausfalls den übrigen Nachlaß in Anspruch nehmen dürfen.

3. Wohl aber sind sie betroffen, soweit sie wegen des drohenden Ausfalls eine persönliche Forderung gegen den Nachlaß geltend zu machen beabsichtigen (vgl. KO § 64).

4. Die **Vormerkung** (§§ 883, 884, FGG § 103) ist, obgleich sie nur Rechte aus Schuldverhältnissen sichert, den dinglichen Rechten gleichgestellt.

5. **Aussonderungsrecht** im Konkurse, KO §§ 43 ff.

§ 1972

Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen werden durch das Aufgebot nicht betroffen[1], unbeschadet der Vorschrift des § 2060 Nr 1[2].

E II 1846 P 5, 774, 775.

1. **Pflichtteilsrechte** (§§ 2303 ff.), **Vermächtnisse** (§§ 2147 ff.) und **Auflagen** (§§ 2192 ff.) gehören nach § 1967 zu den Nachlaßverbindlichkeiten, obwohl sie begriffsmäßig nur gegenüber einem nicht überschuldeten Nachlaß geltend gemacht werden können. Deshalb werden sie auch im Konkurse (KO § 226) und wenn es hierzu nach § 1990 nicht gekommen ist, gemäß §§ 1991, 1992 erst hinter allen sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten befriedigt. Aus dem gleichen Grunde ist die Befriedigung inner- und außerhalb des Konkurses der Anfechtung ausgesetzt, KO § 222, AnfG § 3a. Mit diesen und den aus § 1973 Abs 1 Satz 2 sich ergebenden Beschränkungen genießen sie auch ohne Anmeldung die Rechtsstellung der nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger, doch nur, soweit die Forderungen innerhalb 5 Jahren geltend gemacht sind (§ 1974 Abs 1, 3), insofern also abweichend von den in § 1971 genannten Gläubigern.

2. Auch die Pflichtteilsberechtigten 2c. sind zur Anmeldung veranlaßt, wenn sie sich gegen einen Miterben die gesamtschuldnerische Haftung über die Teilung hinaus (§ 2060 Nr 1) sichern wollen.

§ 1973

[1])**Der Erbe kann die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers insoweit verweigern[2]), als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird[3]). Der Erbe hat jedoch den ausgeschlossenen Gläubiger vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen zu befriedigen[4]), es sei denn, daß der Gläubiger seine Forderung erst nach der Berichtigung dieser Verbindlichkeiten geltend macht[5]).**

Einen Überschuß[6]) hat der Erbe zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung[7]) nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben[8]). Er kann die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Wertes abwenden[9]). Die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers wirkt einem andern Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung[10]) [11]).

E I 2127 II 1848 M 5, 649—651 P 5, 780—783 RB 312.

1. **Wirkungen des Aufgebots.** Hat der Erbe das Ausschlußurteil erwirkt (ZPO § 952), so darf er bei Abwickelung des Nachlasses so verfahren, als wenn andere als die angemeldeten oder die nach §§ 1971, 1972 nicht anmeldepflichtigen Nachlaßgläubiger nicht vorhanden wären. Auf ihm bekannte, aber ausgeschlossene Gläubiger braucht er nur unter dem Gesichtspunkt Rücksicht zu nehmen, daß er ihnen gegenüber zur Sorgfalt in der Behandlung des Nachlasses verpflichtet ist (A 8). Ergibt sich hiernach die Überschuldung des Nachlasses, so hat er nach § 1980 die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen. Im Falle des dürftigen Nachlasses ist er durch die Unzulänglichkeitseinrede (§ 1990) gegen die Haftung mit dem eigenen Vermögen geschützt. Ist der Nachlaß nicht überschuldet, so steht es bei dem Erben, ob er die angemeldeten und die in §§ 1971, 1972 erwähnten Nachlaßgläubiger mit Mitteln des Nachlasses oder aus dem eigenen Vermögen befriedigen will. Erst wenn in diesem Stadium ausgeschlossene Nachlaßgläubiger auftreten und ihre Forderungen gegen ihn „geltend machen" (A 5), braucht er sich von neuem über die Zulänglichkeit des Nachlasses Rechenschaft zu geben. Er kann jetzt noch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder die Anordnung der Nachlaßverwaltung beantragen (§ 1981 Abs 1, Antragsrecht der ausgeschlossenen Gläubiger § 1981 Abs 2, KO §§ 219, 220, 226, 228 Abs 2, 230). Er ist aber durch § 1980 hierzu nicht mehr genötigt. Er kann sich vielmehr und ebenso kann sich der Nachlaßverwalter damit begnügen, den ausgeschlossenen (oder den nach § 1974 verspätet auftretenden) Nachlaßgläubiger auf den „Nachlaßüberschuß" zu verweisen und damit seine Haftung auf die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände zu beschränken (A 6—8). Keinesfalls darf er jedoch, sobald sich ausgeschlossene Gläubiger gemeldet haben, vor ihnen jetzt noch Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen befriedigen (A 4, 5). Im übrigen ist er nicht gehindert, die ausgeschlossenen Gläubiger und zwar in beliebiger Reihenfolge, sei es aus dem Nachlasse, sei es aus dem eignen Vermögen, zu befriedigen. Soweit es aus dem Nachlasse geschieht, vermindert sich hierdurch der „Nachlaßüberschuß". Der Befriedigung steht die rechtskräftige Verurteilung des Erben gleich (A 10). Soweit er hierzu eignes Vermögen verwendet, erwirbt er unter den Voraussetzungen des § 1978 Abs 3 einen Ersatzanspruch an den Nachlaß (KO § 224 Nr 1, s. auch § 225 Abs 2), der jedenfalls den Betrag seiner Bereicherung aus dem Nachlasse mindert (A 8).

2. Soweit der Erbe nicht bereits unbeschränkt haftet (§ 2013 Abs 1 Satz 1, s. aber auch Satz 2), gewährt ihm das Gesetz eine **Verweigerungseinrede,** die nicht gegen den Bestand, sondern gegen die Verwirklichung des ausgeschlossenen Anspruchs gerichtet ist. Sie geht ihm durch Beitreibung eines fiskalischen Anspruchs unter Androhung der Zwangsvollstreckung nicht verloren (**RG** 64, 244). Er erreicht damit, daß der ausgeschlossene Gläubiger „unbeschadet des Rechts, vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen berücksichtigt zu werden, von dem Erben nur insoweit Befriedigung verlangen kann, als sich nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger noch ein Überschuß ergibt (ZPO § 995)." Will er mit der Einrede die Klagabweisung durchsetzen, so hat er die Erschöpfung des Nachlasses bereits im Prozesse darzutun. Der Vorbehalt im Urteile nach ZPO § 780 Abs 1 oder, was dem gleichsteht, ein Vorbehalt, der die Klageforderung als ausgeschlossene kennzeichnet und den Gläubiger auf den Nachlaßrest verweist (**RG** 61, 222, OLG 9, 385) sichert aber dem Erben das Recht, diesen Nachweis gemäß ZPO § 785 noch in der Zwangsvollstreckung zu führen (a. M. Planck A 5, b). Jedenfalls ist der ausgeschlossene Gläubiger nicht genötigt, von vornherein auf Befriedigung aus dem Nachlaßüberschusse zu klagen

(a. M. Dernburg V § 164 A 13). Die sachlichen Einreden des Erben (Aufrechnung mit eigenen oder dem Nachlaß zustehenden Gegenforderungen, Einreden aus §§ 320 ff.) bleiben unberührt. Ebenso steht dem vom Erben belangten Nachlaßschuldner die Aufrechnung auch mit ausgeschlossenen Gegenforderungen gegen den Nachlaß unbeschränkt offen.

3. Der **Nachlaß ist erschöpft,** wenn die ursprünglich vorhanden gewesenen Nachlaßgegenstände, die an deren Stelle getretenen Surrogate (§§ 2041, 818 Abs 1 s. A 8) und die davon gezogenen Früchte zur Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger entweder wirklich verwendet sind oder noch verwendet werden müssen. Auch die durch Befriedigung ausgeschlossener Gläubiger bereits herbeigeführte Verminderung des Nachlasses haben die später kommenden Gläubiger gegen sich gelten zu lassen. Dagegen darf der Erbe nicht einwenden, der Nachlaß werde durch Befriedigung ausgeschlossener Gläubiger erst erschöpft werden, es sei denn, daß er insoweit bereits rechtskräftig verurteilt ist (A 10). Geht der ausgeschlossene Gläubiger wegen Erschöpfung des Nachlasses leer aus, so kann er sich nicht an vor ihm befriedigten ausgeschlossenen Gläubigern erholen. Ebensowenig dürfen aber auch die nicht ausgeschlossenen den ausgeschlossenen Gläubigern den Zugriff auf den Nachlaßüberschuß verwehren (OLG 5, 230).

4. **Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse** und **Auflagen** s. § 1972. Nichteinhaltung dieser Vorschrift macht den Erben den hierdurch verkürzten ausgeschlossenen — umsomehr natürlich auch den nicht ausgeschlossenen Gläubigern mit dem eigenen Vermögen ersatzpflichtig.

5. Erst von der — gerichtlichen oder außergerichtlichen — **Geltendmachung** der ausgeschlossenen Forderung gegen den Erben ab ist der Erbe verpflichtet, die Erfüllung der Pflichtteilsansprüche usw. zu unterlassen. Nicht also schon, wenn er von der Forderung Kenntnis erhält. Soweit die Pflichtteilsrechte usw. schon vor der Geltendmachung befriedigt waren, ist der hierdurch verkürzte Gläubiger auf die Anfechtung aus KO § 222, AnfG § 3a beschränkt.

6. Der **Überschuß besteht** in den bei Geltendmachung der ausgeschlossenen Forderung noch vorhandenen Nachlaßgegenständen und deren Surrogaten. Gleichwohl ist der Erbe nicht gehindert, diesen Überschuß durch Befriedigung anderer ausgeschlossener Gläubiger, jedoch nicht auf Kosten derjenigen, die bereits rechtskräftiges Urteil gegen ihn erlangt haben (M 5, 641), in beliebiger Reihenfolge noch weiter zu vermindern (A 10). Den Gläubigern kommt praktisch mithin nur zugute, was bei Beginn der Zwangsvollstreckung noch an Nachlaßgegenständen vorhanden ist.

7. Daß der Gläubiger nur **im Wege der Zwangsvollstreckung,** nicht auch freiwillig vom Erben befriedigt werden dürfe, ist dem Gesetze nicht zu entnehmen (OLG 11, 227; a. M. Staudinger A II, 2, b). Sicher darf der Erbe einen bestimmten Nachlaßgegenstand herausgeben, wenn die Forderung des Gläubigers gerade hierauf gerichtet ist. Handelt es sich um eine Geldforderung und soll der Gläubiger mit Nachlaßgegenständen, die nicht in Geld bestehen, befriedigt werden, so vollzieht sich eine Überlassung an Zahlungs Statt (§ 364). Dazu bedarf es wiederum einer Einigung mit dem Gläubiger insbesondere auch über den Wert des überlassenen Gegenstandes. Gegen arglistiges Verhalten sind die hierdurch benachteiligten Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen geschützt.

8. Mit der **Herausgabe** ist dem Erben, abgesehen von der Auskunftserteilung nach §§ 260 ff. kein positives Handeln zur Pflicht gemacht. Er hat die Zwangsvollstreckung in die Nachlaßgegenstände lediglich zu dulden. Der Gläubiger kann ihn aber noch jetzt zur Inventarlegung nötigen (§§ 1994, 2006). Hinterlegung des Überschusses gemäß §§ 372, 378 ist ihm gestattet. Abweichend von § 1990 Abs 1 Satz 2 hat jedoch der Erbe nicht schlechthin, sondern nur „nach den Vorschriften über die Herausgabe einer **ungerechtfertigten Bereicherung**" herauszugeben. Dies bedeutet einmal eine Steigerung seiner Haftung, insofern sie sich auch auf die gezogenen Nutzungen, die Surrogate des Nachlasses und auf Wertersatz (§ 818 Abs 1, 2) erstreckt. Anderseits vermindert sich seine Haftung, soweit Nachlaßgegenstände untergegangen oder verschlechtert oder ohne daß sich im Vermögen des Erben hierfür ein Gegenwert befände, von ihm verbraucht sind (§ 818 Abs 3). Entscheidend für den Umfang der Bereicherung ist nicht die Rechtshängigkeit des vom ausgeschlossenen Gläubiger geltend gemachten Anspruchs oder der Zeitpunkt, wo der Erbe vom Bestehen des Anspruchs Kenntnis erlangt (§ 819). Denn der Erbe ist von da ab nur zu erhöhter Sorgfalt in der Behandlung des Nachlasses verpflichtet (§§ 818 Abs 4, 292), nicht aber gehindert, seinen Bestand durch Befriedigung anderer Gläubiger noch weiter zu vermindern (s. A 6). Entscheidend ist vielmehr auch hier der Zeitpunkt des Beginnes der Zwangsvollstreckung und der hiermit sich vollziehenden tatsächlichen Absonderung des Nachlaßrestes. Namentlich vermindert sich die Bereicherung des Erben um die zu diesem Zeitpunkte ihm entstandenen Ersatzansprüche für gehabte Aufwendungen (§ 1978 Abs 3). Nicht minder kann er seine eigenen, an sich durch Konfusion erloschenen Ansprüche gegen den Erblasser in Rechnung stellen, soweit er nicht durch Verfügung über Nachlaßgegenstände tatsächlich befriedigt ist. Umgekehrt ist er aber auch um den Betrag seiner durch Konfusion

erloschenen Verbindlichkeiten gegen den Nachlaß bereichert. Einigt sich der Erbe mit dem ausgeschlossenen Gläubiger nicht, welche Nachlaßgegenstände ihm, dem Erben, zur Befriedigung wegen seiner Ansprüche an den Nachlaß verbleiben sollen, so muß er, vorbehaltlich seiner Einwendungen aus ZPO §§ 803 Abs 1, 766 und seines Einlösungsrechtes (A 9) die Zwangsvollstreckung in den ganzen Nachlaßrest geschehen lassen. Ebensowenig kann er wegen seiner Ansprüche ein Zurückhaltungsrecht an den Nachlaßgegenständen ausüben (M 5, 628, a. M. Planck A 5, c, α). Vielmehr hat er nur Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der Zwangsvollstreckung, deren Duldung ihm das Gesetz schlechthin auferlegt. Dies schließt nicht aus, daß er sich, soweit Geld im Nachlaß vorhanden oder seine Ersatzpflicht aus § 818 Abs 2 gegeben ist, gegen die Geldforderung des Gläubigers durch Aufrechnung befriedigt.

9. Für Ausübung des abweichend von § 1990, aber übereinstimmend mit §§ 1992, 1477 dem Erben zustehenden **Einlösungsrechtes** sind die Wertsangaben eines etwa errichteten Inventars (§ 2001) nicht maßgebend. Vielmehr ist der zur Zeit der Ausübung vorhandene, durch Schätzung zu ermittelnde Wert entscheidend. Soweit der Erbe einlöst, tilgt er die Nachlaßschuld und kann später kommenden Gläubigern den Betrag als Aufwendung in Rechnung stellen.

10. Bei Beurteilung der Frage, ob ein „Überschuß" vorhanden sei, wird es so angesehen, als wären die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände, soweit erforderlich, bereits zur Befriedigung der mit **rechtskräftigem Urteil** versehenen Gläubiger verwendet. Durch das Urteil erlangen zugleich diese Gläubiger vor andern ausgeschlossenen Gläubigern einen Vorrang (A 6).

11. Beweislast. Der Erbe ist dafür beweispflichtig, daß und inwieweit der Nachlaß durch Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft ist (RG 61, 221 u. A 3). Zeigt sich, daß die Erschöpfung durch Befriedigung von Pflichtteilsrechten usw. (A 4) herbeigeführt ist und hat der Gläubiger den Zeitpunkt der Geltendmachung seiner Forderung nachgewiesen, so hat der Erbe zu beweisen, daß er jene Rechte bereits vorher befriedigt habe. Behauptet der Gläubiger einen höheren als den vom Erben angegebenen Überschuß, so dient ihm die Setzung der Inventarfrist (§ 1994) oder das Auskunftsverlangen aus §§ 260 ff. als Mittel, sich hierüber zu vergewissern. Dem gelegten Inventar gegenüber (§ 2009) oder auch von vornherein stehen ihm hierfür alle Beweismittel offen. Steht der ursprüngliche Bestand des Nachlasses und die Notwendigkeit der Verwendung gewisser Nachlaßgegenstände zugunsten der nicht ausgeschlossenen Gläubiger fest, so ist es Sache des Erben, fernere, seine Bereicherung ausschließende Verminderungen des Bestandes nachzuweisen (A 8). Den Zuwachs der Bereicherung aus § 818 Abs 1 hat der Gläubiger zu beweisen. Die aus §§ 818 Abs 4, 819 fließende gesteigerte Haftung des Erben hat er mit dem eigenen Vermögen zu vertreten. Die hieraus sich ergebenden Ansprüche gehören nicht (wie in § 1978 Abs 2) zum Nachlasse. Für die Voraussetzungen dieser Haftung ist der Gläubiger beweispflichtig.

§ 1974

Ein Nachlaßgläubiger[1]), der seine Forderung später als fünf Jahre nach dem Erbfalle dem Erben gegenüber geltend macht,[2]) steht einem ausgeschlossenen Gläubiger gleich[3]), es sei denn, daß die Forderung dem Erben vor dem Ablaufe der fünf Jahre bekannt geworden[4]) oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist[5]). Wird der Erblasser für tot erklärt, so beginnt die Frist nicht vor der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils[6]).

Die dem Erben nach § 1973 Abs. 1 Satz 2 obliegende Verpflichtung tritt im Verhältnisse von Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen zueinander nur insoweit ein, als der Gläubiger im Falle des Nachlaßkonkurses im Range vorgehen würde[7]).

Soweit ein Gläubiger nach § 1971 von dem Aufgebote nicht betroffen wird, finden die Vorschriften des Abs. 1 auf ihn keine Anwendung[8]) [9]).

E II 1849 P 5, 795, 796 KB 312, 313.

1. Als Regel ist vorausgesetzt, daß ein Aufgebotsverfahren nicht stattgefunden hat, daß mithin der Erbe allen **Nachlaßgläubigern** ohne Unterschied haftet, sich aber noch in der Lage befindet, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken (Vorbem 1, 2, 4 vor § 1967). Diese Möglichkeit soll ihm, ohne daß er deshalb erst die Nachlaßverwaltung, den Nachlaßkonkurs oder das Aufgebot herbeiführen müßte, denjenigen Nachlaßgläubigern gegenüber ohne weiteres zustehen, die ihre Forderungen länger als 5 Jahre verschwiegen haben. Hat das Aufgebotsverfahren stattgefunden, so ist der Erbe den ausgeschlossenen Gläubigern gegen-

über, gleichviel wann sie ihre Ansprüche geltend machen, bereits durch § 1973 gedeckt. Die ihnen vorgehenden Ansprüche der angemeldeten und der nach § 1971 vom Aufgebot nicht betroffenen Gläubiger (Abs 3) sind perpetuiert und es handelt sich nur noch darum, den Erben gegen die verspätet geltend gemachten Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen zu schützen, die nach § 1972 vom Aufgebot gleichfalls nicht betroffen sind.

2. Mit dem Ausschluß bedroht sind alle **länger als 5 Jahre verschwiegenen Forderungen**, auch wenn sie nur als bedingte, betagte oder künftige geltend gemacht werden konnten (ZPO §§ 256—259), selbst wenn sie erst nach Fristablauf neu entstanden waren. Es genügt jedoch auch hier außergerichtliche **Geltendmachung** (§ 1973 A 5), die mit Wirksamkeit gegen den Erben auch gegenüber einem Nachlaßpfleger (einschließlich des Verwalters) oder dem verwaltenden Testamentsvollstrecker oder einem Erben vor der Ausschlagung (§ 1959 Abs 3) erfolgen kann. — Fristberechnung §§ 187, 188.

3. Die **Gleichstellung mit dem ausgeschlossenen Gläubiger** bedeutet gemäß § 1973, daß der Gläubiger seine Befriedigung nur aus den noch vorhandenen Nachlaßgegenständen und nicht über den Betrag der Bereicherung des Erben hinaus, wiewohl mit Vorrecht vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten usw. beanspruchen kann.

4. Der Erbe, der von den Mitteln seine Haftung zu beschränken nicht Gebrauch gemacht hat (A 1), ist zwar nicht verpflichtet, von freien Stücken für Befriedigung derjenigen Nachlaßgläubiger Sorge zu tragen, deren Forderungen ihm (oder dem Nachlaßpfleger oder dem verwaltenden Testamentsvollstrecker) **bekannt geworden** sind. Hat er aber den Nachlaß aufgezehrt ohne dabei auf sie Rücksicht zu nehmen, so haftet er, wenn er nicht jetzt noch seine beschränkte Haftung herbeizuführen vermag, mit dem eigenen Vermögen. „Kennenmüssen" (§ 122 Abs 2) genügt nicht, doch kann auch in diesem Falle seine Schadenersatzpflicht aus § 1980 Abs 1 und 2 begründet sein (a. M. Planck A 5, d). Auch in KO § 228 Abs 2 sind die dem Erben bekannt gewordenen Gläubiger als den ausgeschlossenen nicht gleichstehend behandelt.

5. Daß den **angemeldeten** Gläubigern nach vorangegangenem Aufgebotsverfahren der Vorrang gebührt, folgt schon aus § 1973 (A 3). § 1974 hat deshalb mit den angemeldeten Forderungen nur die in § 1972 bezeichneten Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen im Auge, wenn die Berechtigten, ohne dazu genötigt zu sein, von der Anmeldung Gebrauch gemacht haben. Sie sichern sich damit die bevorzugte Rechtsstellung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger noch über die Fünfjahrsfrist hinaus (§ 1972 A 1).

6. Es wird fingiert, daß der Erblasser nicht zu dem in der **Todeserklärung** festgestellten Zeitpunkte (§ 18), sondern erst zur Zeit der Erlassung des Urteils (ZPO § 952) gestorben sei.

7. Wie § 1991 Abs 4. Die Bezugnahme auf § 1973 Abs 1 Satz 2 ergibt, daß auch der verspätet auftretende, umsomehr der angemeldete und der dem Erben bekannt gewordene Nachlaßgläubiger vor den Pflichtteilsrechten u. s. w. den **Vorrang** hat. Die Rangfolge der drei Arten von Verbindlichkeiten unter sich ist durch KO § 226 geregelt. Auch hier können Anmeldung oder Kenntnis des Erben einen Vorrang begründen.

8. Die ab- und aussonderungsberechtigten Gläubiger des § 1971 bleiben unberührt, soweit sie sich auf ihre **dinglichen Ansprüche** beschränken. Soweit sie Ausfallsforderungen geltend machen wollen, stehen sie den übrigen Gläubigern gleich.

9. **Beweislast.** Der Gläubiger, der den Erben auf mehr als die Bereicherung (A 3) in Anspruch nehmen will, hat zu beweisen, daß der Anspruch bereits vor Ablauf der 5 Jahre geltend gemacht oder dem Erben sonst bekannt geworden, oder daß er im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist. Soweit er durch Befriedigung von Pflichtteilsberechtigten usw. verkürzt ist, s. § 1973 A 11. Insoweit auch hier Anfechtungsrecht aus KO § 222, AnfG § 3a. Haftet der Erbe unbeschränkt, so kommt § 1974 nur dann noch in Frage, wenn er die Beschränkbarkeit allen oder den betreffenden einzelnen Gläubigern gegenüber erst nach Ablauf der Fünfjahrsfrist verloren hat (§ 2013 Abs 1). Dies ist vom Erben zu beweisen. — Haftung des Miterben § 2060 Nr 2.

III. Beschränkung der Haftung des Erben

§ 1975

Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten beschränkt sich auf den Nachlaß,[1]) wenn eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung)[2]) angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist[3]).

E I 2110 Abs 1 II 1850 M 5, 623—625 P 5, 488, 759—762, 807—810.

1. Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs sind die Mittel, die **Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß** (cum viribus hereditatis) und damit eine vollständige Abson-

derung des Nachlasses von dem eigenen Vermögen des Erben herbeizuführen. Vorausgesetzt ist dabei, daß der Erbe nicht infolge Versäumung der Inventarfrist (§ 1994 Abs 1) oder ungetreuer Inventarerrichtung (§ 2005) bereits allen Nachlaßgläubigern unbeschränkt haftet (§ 2013 Abs 1). Doch ist er auch in diesem Falle nicht gehindert, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen (KO § 216). Zu dem Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung bleibt er wenigstens dann berechtigt, wenn er nur einzelnen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar geworden ist (§ 2013 Abs 2). Diesen Gläubigern bleibt er aber selbst im Falle der Konkurseröffnung verhaftet (RG 59, 305). Das Recht der Nachlaßgläubiger, in ihrem Interesse die Nachlaßverwaltung zu beantragen (§ 1981 Abs 2) bleibt unberührt. Kommt es daraufhin zur Nachlaßverwaltung, so tritt die Beschränkung der Haftung, wenn er sie nicht bereits verloren hat, auch zugunsten des Erben ein.

2. Die **Nachlaßverwaltung** ist eine dem Konkurse nachgebildete (dem „Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger" dienende) Unterart der Nachlaßpflegschaft (RG 65, 288) und unterliegt als solche den allgemeinen Vorschriften über die Pflegschaft, soweit nicht Abweichendes bestimmt ist (§ 1960 A 5). An die Stelle des Vormundschaftsgerichts tritt das Nachlaßgericht, § 1962. Die Nachlaßverwaltung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Testamentsvollstrecker (§ 2205) bestellt ist. Die Anordnung kann von dem Erben, der sich durch den Vorbehalt des § 780 Abs 1 ZPO gesichert hat, noch im Laufe der Zwangsvollstreckung erwirkt und gemäß § 785 geltend gemacht werden. Über die Haftung des Erben nach beendeter Nachlaßverwaltung s. § 1986 A 4.

3. Der **Nachlaßkonkurs** ist in KO §§ 214—235 erschöpfend geordnet.

§ 1976

Ist die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen[1]).

E I 2114 II 1851 M 5, 631 P 5, 768, 813.

1. Die grundsätzlich mit dem Tode des Erblassers eingetretene **Vereinigung von Rechten und Verbindlichkeiten** usw. (Konfusion, Konsolidation § 1922 A 7) wird mit Wirkung ex tunc **wieder rückgängig.** Auch wenn der Erbe unbeschränkt haftet (in § 2013 Abs 1 ist § 1976 nicht mit angezogen). Dies ist eine Folge davon, daß sich das ererbte und das eigene Vermögen des Erblassers von jetzt ab als besondere Vermögensmassen gegenüberstehen. Damit leben von selbst auch die Nebenrechte der untergegangenen Forderung (Pfand, Bürgschaft) wieder auf. Der Erbe kann seine Ansprüche gegen den Erblasser als Konkursgläubiger geltend machen, KO § 225 Abs 1. Die gleiche Bestimmung, wiewohl nur im Verhältnis der Beteiligten, bei der Unzulänglichkeitseinrede § 1991 und beim Erbschaftskauf § 2377. Ebenso bei Eintritt der Nacherbfolge, § 2143 und dem Vermächtnis des § 2175.

§ 1977

Hat ein Nachlaßgläubiger vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses[1]) seine Forderung gegen eine nicht zum Nachlasse gehörende Forderung des Erben ohne dessen Zustimmung aufgerechnet[2]), so ist nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Aufrechnung als nicht erfolgt anzusehen[3]).

Das Gleiche gilt, wenn ein Gläubiger, der nicht Nachlaßgläubiger ist, die ihm gegen den Erben zustehende Forderung gegen eine zum Nachlasse gehörende Forderung aufgerechnet hat[4]) [5]).

E I 2116 II 1852 M 5, 634—636 P 5, 769, 792—794, 813.

1. **Aufrechnung.** Es stehen sich gegenüber in Abs 1: Forderung gegen den Nachlaß, private Schuld des Nachlaßgläubigers an den Erben. In Abs 2: private Forderung des Nachlaßschuldners gegen den Erben, Schuld an den Nachlaß. In beiden Fällen steht der gegenseitigen Aufrechnung gemäß §§ 387 ff. an sich nichts im Wege. Denn zwischen den persönlichen und den mit dem Nachlaß übernommenen Forderungen und Schulden des Erben besteht rechtlich kein Unterschied (§ 1922 A 5). Erst die mit Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses erfolgende Trennung des Nachlaß- und des Privatvermögens des Erben ergibt die Notwendigkeit, die Wirkung der Aufrechnung unter Umständen wieder zu beseitigen. Diese Trennung ist aber gegenstandslos, wenn der Erbe allen

Nachlaßgläubigern oder doch wenigstens dem Aufrechnungsgegner ohnedies mit seinem eigenen Vermögen, unbeschränkt haftet. In diesem Fall ist § 1977 unanwendbar (§ 2013).

2. Macht sich der **Nachlaßgläubiger** gegenüber dem Erben durch einseitige Aufrechnung mit seiner Privatschuld an den Erben bezahlt, so gilt seine Forderung, wenn sie als fällig schon gegen den Erblasser zustand, als schon vor dem Erbfall getilgt und gar nicht erst auf den Erben übergegangen (§ 389). Müßte der Erbe diese Verwendung seiner Privatforderung geschehen lassen, so würde er des Vorteils der auf den Nachlaß beschränkten Haftung (§ 1975) verlustig gehen. Die beiderseitigen Forderungen werden deshalb wiederhergestellt. Anders, wenn die Aufrechnungserklärung vom Erben selbst ausging, oder wenn er der gegnerischen Aufrechnung zugestimmt hatte (Aufrechnungsvertrag). In beiden Fällen bleibt er an die darin enthaltene Verfügung über seine Privatforderung gebunden, die Nachlaßschuld bleibt getilgt, der Erbe hat aber wegen der aus seinem eigenen Vermögen gemachten Aufwendung den Ersatzanspruch des § 1978 Abs 3. Ebenso im Konkurse, KO § 225 Abs 2.

3. Die **Aufrechnung gilt als nicht erfolgt**, die Aufrechnungswirkung ipso jure als aufgehoben. Mit den erloschenen Forderungen leben auch ihre Nebenrechte (Pfand, Bürgschaft) wieder auf. Auf die Zeit, zu welcher Schuld und Forderung entstanden sind, ob vor oder nach dem Erbfall und darauf, wann die Aufrechnung erklärt ist, kommt nichts an.

4. Geht im Falle des Abs 2 die Aufrechnung einseitig vom **Nachlaßschuldner** aus, so tilgt er damit, ohne deren Wert dem Nachlaß zuzuführen, auch gegen den Willen des Erben seine Schuld an den Nachlaß. Er verkürzt damit die Nachlaßgläubiger und in deren Interesse (§ 1981 Abs 2) ist die Aufrechnung gleichfalls für wirkungslos erklärt. Anders auch hier, wenn die Aufrechnung vom Erben selbst ausgeht, oder wenn er der Aufrechnung des Gegners zustimmt (a. M. Staudinger A 3 zu b). Dann verfügt er in seinem Interesse über die Nachlaßforderung, es verbleibt bei der Aufrechnung, der Erbe ist aber dem Nachlaß nach § 1978 Abs 1 ersatzpflichtig.

5. **Nach Anordnung der Nachlaßverwaltung** oder Eröffnung des Konkurses ist der Erbe an der Aufrechnung von Nachlaßforderungen durch § 1984 Abs 1, KO §§ 6, 7, der Nachlaßschuldner an der Aufrechnung mit Privatforderungen gegen den Erben durch § 1975, § 390 verhindert. Tilgt der Erbe jetzt noch eine Nachlaßschuld durch Aufopferung seiner Privatforderung an den Nachlaßgläubiger, so hat er nach § 1984 und KO § 7 Abs 2 und ebenso nach §§ 1978 Abs 3, 684 nur den Bereicherungsanspruch an den Nachlaß. Die Bestimmungen über Aufrechnung im Konkurse (KO §§ 53—56) bleiben unberührt. — Mehrheit von Erben § 2040 Abs 2.

§ 1978

Ist die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, so ist der Erbe den Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses so verantwortlich[1]), wie wenn er von der Annahme der Erbschaft an die Verwaltung für sie als Beauftragter zu führen gehabt hätte[2]). Auf die vor der Annahme der Erbschaft von dem Erben besorgten erbschaftlichen Geschäfte finden die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechende Anwendung[3]).

Die den Nachlaßgläubigern nach Abs. 1 zustehenden Ansprüche gelten als zum Nachlasse gehörend[4]).

Aufwendungen sind dem Erben aus dem Nachlasse zu ersetzen, soweit er nach den Vorschriften über den Auftrag oder über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen könnte[5]).

E I 2112 Satz 1, 2 II 1853 M 5, 626—628 P 5, 765, 766, 813, 814.

1. **Verantwortlichkeit des Erben für die bisherige Verwaltung.** Der Erbe ist grundsätzlich in der Verfügung über den Nachlaß ebensowenig beschränkt wie in Ansehung seines eigenen Vermögens. Haftet er den Nachlaßgläubigern ohnedies mit dem eigenen Vermögen, so ist eine fernere Unterscheidung zwecklos. § 1978 ist deshalb im Falle der unbeschränkten Haftung nicht anwendbar (§ 2013 Abs 1). Solange sich jedoch der Erbe die Wohltat der beschränkten Haftung sichern will, hat er damit zu rechnen, daß er hierzu den Nachlaß zur Befriedigung der Gläubiger herauszugeben hat. Das Gesetz behandelt ihn deshalb wie den Verwalter fremden Guts und macht ihn für Verletzung der hieraus entspringenden Pflichten den Nachlaßgläubigern verantwortlich. Ebenso im Falle des dürftigen Nachlasses §§ 1990—1992. Besondere Verantwortlichkeit des Erben § 1980, des Nachlaßverwalters § 1985 Abs 2.

2. Die Pflicht zur **Verwaltung des Nachlasses** beginnt mit der Annahme (§ 1943 A 1), die den Nachlaßgläubigern erwachsenden Ansprüche können aber nicht vor Anordnung der Verwaltung oder Eröffnung des Konkurses gegen den Erben geltend gemacht werden. Gleich dem Beauftragten ist der Erbe den Gläubigern insbesondere zur Auskunft und Rechenschaft, Vorlegung eines Verzeichnisses und Leistung des Offenbarungseides verpflichtet (§§ 666, 259—261). Er hat ferner mit dem Nachlaß selbst auch die dafür erlangten Surrogate herauszugeben (§ 667) und verwendetes Nachlaßgeld zu verzinsen (§ 668, a. M. Staudinger A 2). Ein Vergütungsanspruch steht ihm nicht zu (§ 662). Die Verwaltung ist „ordnungsmäßig" (§§ 2038 A 2, 276) zu führen. Sie hat das Interesse der Nachlaßgläubiger an der Erhaltung und Nutzung des Nachlasses (§ 987 Abs 2) im Auge zu behalten. Weisungen der Gläubiger (§ 665) kommen selbstverständlich nicht in Frage. Inwieweit der Erbe zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten berechtigt ist, bestimmt sich nach § 1979. Insoweit es sich um ausgeschlossene oder ihnen gleichstehende Gläubiger handelt, bleiben §§ 1973, 1974 maßgebend. Jedenfalls hat er von den aufschiebenden Einreden (§§ 2014, 2015) Gebrauch zu machen und die Befriedigung seiner eigenen Gläubiger aus dem Nachlaß zu verhindern (ZPO § 783). Wegen Annahme oder Ausschlagung einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft behält er freie Entschließung (KO § 9).

3. Für die **vor Annahme der Erbschaft geführten Geschäfte** ist der Erbe den Nachlaßgläubigern in demselben Umfange verantwortlich, wie er in § 1959 (A 2) dem endgültigen Erben gegenüber für haftpflichtig erklärt ist. Er hat auch das Verschulden eines bestellten Nachlaßpflegers zu vertreten. Der Pfleger selbst ist den Nachlaßgläubigern nicht unmittelbar verhaftet (§ 1960 A 5, a. M. Strohal bei Planck A 3).

4. Die auf Grund des Abs 1 entstandenen Verpflichtungen sind Eigenverbindlichkeiten des Erben (§ 1967 A 3), für die er mit seinem Vermögen aufzukommen hat, auch wenn seine Haftung im übrigen beschränkt ist. Forderungsberechtigt sind zwar die Nachlaßgläubiger. Da indes die Ansprüche als **zum Nachlasse gehörend** gelten, so können sie während der Dauer der Nachlaßverwaltung oder des Konkurses nur vom Verwalter gegen den Erben geltend gemacht werden (§ 1985, KO § 6 Abs 2, auch KO § 228). Anders im Falle des § 1991 Abs 1, wo dem Gläubiger eigene Klagerechte zustehen. Ähnliche Vorschriften §§ 2144 Abs 1, 2383 Abs 1.

5. **Ersatzanspruch wegen Aufwendungen**, insbesondere auch Anspruch auf Befreiung von Verbindlichkeiten §§ 256, 257. Er begründet eine Masseschuld, KO § 224 Nr 1. Das dem Erben durch KO § 223 ausdrücklich abgesprochene Zurückbehaltungsrecht steht ihm als mit dem Zwecke der Nachlaßverwaltung unverträglich auch nicht gegen den Nachlaßverwalter zu (a. M. Dernburg V § 169, IV). Für die vor der Annahme gehabten Aufwendungen kann der Erbe Ersatz, mindestens Herausgabe der Bereicherung nach §§ 683, 684 verlangen, wobei als Geschäftsherrn die Nachlaßgläubiger zu denken sind. Für die Zeit nach der Annahme ist nach § 670 entscheidend, inwieweit er die Aufwendungen den Umständen nach für erforderlich halten durfte, auch wenn sie objektiv sich als unnütz erwiesen haben. Hierzu können auch Prozeßkosten gehören. Soweit es sich hierbei um Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten handelt, ist § 1979 maßgebend. Im Konkurse KO § 225.

§ 1979

Die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit durch den Erben müssen die Nachlaßgläubiger als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen[1]), wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreiche[2]) [3]).

E II 1854 Abs 1 P 5, 745, 766.

1. Der Erbe ist Herr über den Nachlaß und vermindert endgültig seinen Aktivbestand, soweit er mit Mitteln des Nachlasses eine **Nachlaßverbindlichkeit berichtigt.** Diese Minderung müssen als **für Rechnung des Nachlasses** erfolgt auch die übrigen Gläubiger gelten lassen, selbst wenn sie vor Annahme der Erbschaft vorgenommen ist und wenn sie dadurch in der Befriedigung aus dem Nachlasse verkürzt sind, falls die weitere Voraussetzung (A 2) zutrifft. Ihr Anspruch bleibt jedoch ungeschmälert, soweit ihnen der Erbe unbeschränkt haftet (§ 2013). Es muß zur Berichtigung der Verbindlichkeit gekommen sein. Daß der Erbe hierzu rechtskräftig verurteilt ist (§§ 1973 a. E., 1989, 1991 Abs 3), reicht nicht hin. Auch in diesem Falle bleibt er gegebenenfalls (§ 1980) zu dem Antrag auf Eröffnung des Konkurses verpflichtet.

2. Die dem Erben zur Pflicht gemachte Rücksicht auf die Interessen aller, auch der noch unbekannten Nachlaßgläubiger (§ 1978 A 2) soll ihn nicht hindern, die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen, wenn er vernünftigerweise die Unzulänglichkeit des Nachlasses nicht zu befürchten hat. Für den Fall des dürftigen Nachlasses s. § 1991 A 1. Zu der **Annahme,**

der Nachlaß werde ausreichen, wird der Erbe regelmäßig nur dann berechtigt sein, wenn er eingedenk seiner Verwaltungspflicht alle Mittel zur Feststellung des Aktiv- und Passivstandes erschöpft, insbesondere Inventar errichtet (§§ 1993, 2009) und im Falle des § 1980 Abs 2 das Aufgebot der Gläubiger beantragt hat. Auf das Vorhandensein von Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmern, Auflageberechtigten braucht er hierbei keine Rücksicht zu nehmen. Sie kommen überhaupt nur in Betracht, wenn sich ein Nachlaßüberschuß ergibt. Gegen das Andrängen der Gläubiger ist er durch die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 geschützt. Auf das Verhältnis des Erben zu den ausgeschlossenen und den diesen gleichstehenden Gläubigern (§§ 1973, 1974) ist § 1979 nicht anwendbar. Hat der Erbe im Rahmen des § 1979 Nachlaßverbindlichkeiten aus seinem Vermögen berichtigt, so hat er nach § 1978 (A 5) Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen und zwar nach dem wirklich aufgewendeten Betrage, nicht nach dem Nennbetrag der getilgten Schuld. Hat er, weil er leichtfertig oder weil er nicht für Rechnung des Nachlasses zahlte, keinen Ersatzanspruch, so tritt er im Konkurse wenigstens an die Stelle des befriedigten Gläubigers (KO § 225). Er darf deshalb hier den Nennbetrag der berichtigten Forderung geltend machen. Auch das hiermit verbundene Hypothekenrecht geht auf ihn über (RG 55, 158). Hatte der Erbe aus Nachlaßmitteln leichtfertig Nachlaßschulden getilgt und brauchen deshalb die hierdurch verkürzten Gläubiger die Berichtigung nicht als „für Rechnung des Nachlasses erfolgt" gelten zu lassen, so verbleibt es gleichwohl bei der Tilgung. Es sei denn, daß sie durch Anfechtung wegen Benachteiligung der Gläubiger, insbesondere gegen Pflichtteilsberechtigte usw. aus KO § 222 und AnfG § 3a rückgängig gemacht wird, vgl. auch § 1991 A 4. Wohl aber ist der Erbe, selbst wenn er im übrigen nur beschränkt haftet, den geschädigten Gläubigern aus § 1978 Abs 1 und § 1980 Abs 1 ersatzpflichtig (a. M. Staudinger § 1980 A 3).

3. Die **Beweislast** dafür, daß er die Zulänglichkeit des Nachlasses annehmen durfte, trifft den Erben, der als ersatzpflichtig in Anspruch genommen wird. Die Frage ist im Prozesse selbst auszutragen, da es sich hierbei um eine eigne Schuld des Erben handelt. §§ 780 ff. ZPO kommen von vornherein nicht in Frage. — Anwendung des § 1979 auf den Nachlaßverwalter § 1985 Abs 2.

§ 1980

Beantragt der Erbe nicht unverzüglich, nachdem er von der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt hat[1]), die Eröffnung des Nachlaßkonkurses[2]), so ist er den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich[3]). Bei der Bemessung der Zulänglichkeit des Nachlasses bleiben die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen außer Betracht[4]).

Der Kenntnis der Überschuldung steht die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich[5]). Als Fahrlässigkeit gilt es insbesondere, wenn der Erbe das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht beantragt, obwohl er Grund hat, das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen[6]); das Aufgebot ist nicht erforderlich, wenn die Kosten des Verfahrens dem Bestande des Nachlasses gegenüber unverhältnismäßig groß sind[7]) [8]).

E II 1854 Abs 2, 3 P 5, 765, 766.

1. **Unverzüglich,** d. h. ohne schuldhaftes Zögern § 121. Die Verzögerung kann entschuldigt sein, wenn der Erbe oder der Nachlaßverwalter (§ 1985 Abs 2) nach den Umständen das rasche, durch Zwangsvollstreckungen nicht gefährdete Zustandekommen eines außergerichtlichen Vergleichs mit den Gläubigern erwarten darf. Überschuldung als Voraussetzung des Nachlaßkonkurses, KO § 215. **Kenntnis** hiervon setzt nicht nur Wissen von den vorhandenen Aktiven und Passiven des Nachlasses, sondern auch deren Prüfung und Bewertung, endlich die Vergleichung beider voraus. Der Kenntnis steht aber hier das Kennenmüssen gleich (A 5).

2. Zu dem **Antrag auf Konkurseröffnung** ist der Erbe und mit Wirkung gegen den Erben auch der Testamentsvollstrecker (KO § 217) nur nach Annahme der Erbschaft verpflichtet. Vorher ist der Erbe hierzu nur berechtigt (KO § 216) und, ebenso wie der Nachlaßpfleger (§§ 1960, 1961), nur unter dem Gesichtspunkt des § 1978 Abs 1 Satz 2 haftbar. Jeder Miterbe, dem die Kenntnis innewohnt und der zugleich die Überschuldung glaubhaft zu machen vermag (KO § 217 Abs 2) ist hierzu selbständig verpflichtet. Mit Anordnung der Nachlaßverwaltung geht die Fürsorgepflicht auf den Verwalter über (§ 1985 Abs 2). Neben ihm bleibt der Erbe nur in besondern Fällen (z. B. wegen mangelhafter Information des Verwalters) verantwortlich. Im Verhältnis zu ausgeschlossenen oder ihnen gleichstehenden Gläubigern ist der Erbe zur Antragstellung nicht verpflichtet (§ 1973 A 1, aber auch § 1974 A 4.

3. **Schadenersatz** §§ 249 ff. Er besteht in dem Unterschiede zwischen dem, was der Gläubiger bei rechtzeitiger Konkurseröffnung aus dem Nachlaß erlangt haben würde und dem, was er tatsächlich erlangt. Der Ersatzanspruch gehört im Nachlaßkonkurs zur Masse (KO § 228 Abs 2), kann demnach nur vom Konkursverwalter geltend gemacht werden. Als „zum Nachlasse gehörend" gilt er, soweit er, was regelmäßig zutreffen wird, zugleich nach § 1978 Abs 1, 2 begründet ist. Der Anspruch ist gegenstandslos, wenn der Erbe ohnedies unbeschränkt haftet, § 2013.

4. **Vermächtnisse und Auflagen** kommen ohnedies erst in Betracht, wenn sich ein Nachlaßüberschuß ergibt (§§ 2188, 2189, 2192 KO § 226 Nr 5, auch § 219 Abs 1). Der Erbe ist deshalb diesen Berechtigten auch nur gemäß §§ 1991 Abs 4, 1992 verpflichtet. Dagegen hat er auf Pflichtteilsberechtigte Rücksicht zu nehmen, wenn der Pflichtteilsanspruch bereits entstanden ist und erst später Überschuldung des Nachlasses eintritt.

5. Die Unkenntnis von der Überschuldung muß **auf Fahrlässigkeit beruhen**, hierdurch verursacht sein. Es muß mithin die Möglichkeit bestanden haben, durch Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276) von der Überschuldung, z. B. von Uneinbringlichkeit bekannter Außenstände, vom Vorhandensein unbekannter Schulden sich zu vergewissern. Bloßes Nichtkümmern um den Stand des Nachlasses genügt nicht.

6. **Unterlassen des Aufgebots** (§ 1970 ff.) ist immer („gilt") Fahrlässigkeit, wenn dazu Veranlassung vorlag und der Nachlaß nicht zu dürftig ist. Das Aufgebot allein ist aber unter Umständen nicht genügend. Insbesondere wird regelmäßig Inventarerrichtung geboten sein (§ 1979 A 2).

7. Aus dem gleichen Grunde Ablehnung des Nachlaßkonkurses (KO § 107) und der Nachlaßverwaltung (§§ 1982, 1990 Abs 1, s. auch § 1965 Abs 1). Immerhin kann der Erbe zum Erlaß wenigstens eines Privataufgebots entsprechend § 2061 für verpflichtet angesehen werden.

8. **Beweislast.** Klagegrund für den Schadenersatzanspruch und deshalb vom Gläubiger zu beweisen ist Überschuldung des Nachlasses, Höhe des erlittenen Ausfalls, Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Erben. War das Aufgebot unterblieben, so hat der Gläubiger zu beweisen, daß das Vorhandensein (nicht ganz unerheblicher) unbekannter Schulden anzunehmen war. Einrede des Erben ist es, wenn er Dürftigkeit des Nachlasses (A 7) vorschützt. Auch steht ihm der Gegenbeweis offen, daß die Schädigung des Gläubigers gleichwohl nicht vermieden worden wäre. — Mehrere (schuldige) Miterben haften und zwar persönlich als Gesamtschuldner (§ 421, auch §§ 42, 53).

§ 1981

Die Nachlaßverwaltung ist von dem Nachlaßgericht anzuordnen, wenn der Erbe die Anordnung beantragt[1]).

Auf Antrag eines Nachlaßgläubigers ist die Nachlaßverwaltung anzuordnen[2]), wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird[3]). Der Antrag kann nicht mehr gestellt werden, wenn seit der Annahme der Erbschaft zwei Jahre verstrichen sind[4])

Die Vorschriften des § 1785 finden keine Anwendung[5]).

E II 1855 P 5, 810, 872.

1. Der **Antrag des Erben** kann jederzeit gestellt werden (5 Jahre nach dem Erbfall in RG 27. 9. 07 VII 504/06). Auch vor Annahme der Erbschaft, die mit der Antragstellung regelmäßig stillschweigend erklärt wird und auf solange hinaus, als noch absonderungsfähige Nachlaßgegenstände, die eine den Kosten entsprechende Masse bilden (§ 1982) vorhanden sind. Überschuldung macht die Nachlaßverwaltung nicht unzulässig (RJA 8, 32). Miterben sind nur gemeinsam und nur bis zur Teilung antragsberechtigt (§ 2062). Der Antrag des Erben ist gegenstandslos und deshalb unstatthaft (§ 2013), wenn der Erbe und zwar allen Nachlaßgläubigern unbeschränkt haftet (anders KO § 216 Abs 1). Die auf seinen Antrag gleichwohl angeordnete Nachlaßverwaltung ist zwar zugunsten der Gläubiger wirksam (Abs 2 und FGG § 32), aber auf Antrag des Erben wieder aufzuheben. Neben dem Erben ist der Ehemann in den Fällen des § 2008, der Erbschaftskäufer (§ 2383, s. auch KO § 232 Abs 2) und der Testamentsvollstrecker antragsberechtigt (KO § 217). Nicht aber der Nachlaßpfleger, zu dessen Aufgaben (§§ 1960, 1961) die Sorge für „Befriedigung der Nachlaßgläubiger" (§ 1975) nicht gehört (a. M. Dernburg § 130 A 3, Staudinger A II, A 4). Kein Beschwerderecht, wenn dem Antrag des Erben stattgegeben ist (FGG § 76), dagegen einfache Beschwerde des Erben gegen die Ablehnung (FGG §§ 19, 20). Zuständigkeit des Nachlaßgerichts, FGG §§ 73, 75.

2. Der **Nachlaßgläubiger** (§ 1967 Abs 2, nicht also auch der Privatgläubiger des Erben) ist auch dann antragsberechtigt, wenn der Erbe unbeschränkt haftet (§ 2013). Er hat seine Forderung, der Pflichtteilsberechtigte hat also insbesondere glaubhaft zu machen, daß ein Nachlaßüberschuß vorhanden ist (FGG §§ 12, 15 Abs 2). Der Nachweis, daß der Erbe angenommen habe, wird vom Gesetz nicht gefordert und würde den Gläubiger, der schon durch die Vermögenslage des Erben gefährdet ist (A 3), unnütz beschweren Auch dem ausgeschlossenen und dem ihm gleichstehenden Gläubiger (§§ 1973, 1974) ist das Antragsrecht nicht versagt. Der Gläubiger hat gegen Ablehnung des Antrags die einfache Beschwerde aus FGG. §§ 19, 20. Gegen die Anordnung steht nur dem Erben, jedem Miterben und dem Testamentsvollstrecker die sofortige Beschwerde zu (FGG §§ 76 Abs 2, 22, RJA 9,9).

3. Der **Grund zur Annahme einer Gefährdung** kann subjektiv gegeben sein, in dem Verhalten des Erben (Gleichgültigkeit, Unwirtschaftlichkeit, ungetreue Verwaltung § 1978 Abs 1) oder objektiv in der schlechten Vermögenslage des Erben, der einen Zugriff seiner eigenen Gläubiger besorgen läßt. Es genügt, daß diese Voraussetzungen auch nur bei einem Miterben zutreffen. Bloße Säumnis in der Befriedigung der Gläubiger genügt nicht (RJA 8, 179). Die Gefährdung kann vom Erben durch Sicherheitsleistung beseitigt werden (RJA 7, 18). Ähnlich § 1391.

4. Annahme der Erbschaft § 1943 A 1. Die **Frist** (§ 187) läuft nur den Nachlaßgläubigern, nicht dem Erben. Im Falle der Erbenmehrheit ist die zuletzt erklärte Annahme maßgebend. Ebenso KO § 220.

5. Auch die Nachlaßverwaltung ist **Nachlaßpflegschaft** (§ 1975 A 2). Der Verwalter ist aber nicht wie der Pfleger (§§ 1915, 1785) zur Übernahme des Amtes verpflichtet. Dagegen hat er Anspruch auf Vergütung, § 1987. Der Erbe kann wegen der darin liegenden groben Zweckwidrigkeit nicht selbst zum Verwalter bestellt werden. Wohl aber der Testamentsvollstrecker, dessen Bestellung den Erben wie die Nachlaßgläubiger an sich nicht hindert, die Anordnung der Verwaltung zu beantragen. Auch mehrere Verwalter können bestellt werden (§§ 1797, 1915).

§ 1982

Die Anordnung der Nachlaßverwaltung kann abgelehnt werden, wenn eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden ist[1]).

E II 1856 P 5, 810.

1. Vgl. auch §§ 1965 Abs 1, 1980 a. E. Der Erbe erwirbt in diesem Falle die Unzulänglichkeitseinrede aus §§ 1990, 1991. Als zur Masse gehörig gelten auch die nach §§ 1978 bis 1980 gegen den Erben bestehenden Ansprüche. Ausreichender Vorschuß ersetzt wie in KO § 107 den Mangel der Masse. Aufhebung der angeordneten Verwaltung aus dem gleichen Grunde § 1988 Abs 2.

§ 1983

Das Nachlaßgericht hat die Anordnung der Nachlaßverwaltung durch das für seine Bekanntmachungen bestimmte Blatt zu veröffentlichen[1]).

E II 1857 P 5, 808.

1. Entsprechend §§ 76, 81, 111 KO. — Entsprechend § 113 KO (auch GBO § 53, ZVG § 19) ist die Anordnung der Nachlaßverwaltung von Amts wegen (a. M. Staudinger A 4, Dernburg V § 130 A 11) oder auf Antrag des Verwalters auch im **Grundbuch** einzutragen. Die Bekanntmachung ist für die Beweispflicht des an den Erben leistenden Nachlaßschuldners von Bedeutung, § 1984, KO § 8.

§ 1984

Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung[1]) verliert der Erbe die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen[2]). Die Vorschriften der §§ 6, 7 der Konkursordnung finden entsprechende Anwendung[3]). Ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, kann nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden[4]).

Zwangsvollstreckungen und Arreste in den Nachlaß zugunsten eines Gläubigers, der nicht Nachlaßgläubiger ist, sind ausgeschlossen[5]).

E II 1858 P 5, 811, 812.

1. Die Wirkungen treten **mit der Anordnung**, also regelmäßig mit dem Zeitpunkte der Verlautbarung zu den Akten von selbst ein (a M. Staudinger A 1, B, und Dernburg V

§ 130 A 13, wonach die Bekanntmachung nach FGG § 16 entscheiden soll). Die vereinzelte Bestimmung des § 108 KO (im Zweifel gilt die Mittagsstunde des Beschlußtages) ist nicht übertragbar. Der Tag der Bekanntmachung ist nur für die Beweislast von Bedeutung (A 3).

2. Mit der **Befugnis den Nachlaß zu verwalten erlischt** auch die in § 1978 (A 2) dem Erben auferlegte Verwaltungspflicht und seine daraus fließende Verantwortlichkeit. Zu seinen Gunsten darf er sich jedoch auf unverschuldete Unkenntnis von Anordnung der Verwaltung berufen (§ 674). Mit der Verwaltung verliert der Erbe auch die Aktivlegitimation. Die nach Anordnung der Verwaltung getroffenen **Verfügungen** des Erben sind, wiewohl nur im Verhältnis zu den hierdurch beeinträchtigten Nachlaßgläubigern (§ 135), grundsätzlich unwirksam (s. A 3). Doch ist der Miterbe an der besonders gearteten „Verfügung über seinen Anteil am Nachlasse" (§ 2033 Abs 1) durch Anordnung der Verwaltung nicht gehindert.

3. KO § 6 jetzt § 7: Unwirksamkeit der vom Erben nach Anordnung der Verwaltung vorgenommenen Rechtshandlungen gegenüber den Nachlaßgläubigern, vorbehaltlich der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, §§ 892, 893, Verpflichtung zur Rückgewähr der Gegenleistung, soweit der Nachlaß bereichert ist, Vermutung, daß die am Tage der Anordnung vom Erben vorgenommenen Handlungen nach der Anordnung vorgenommen worden sind. Abweichend von § 1959 A 4 kommt Dritten, die bewegliche Sachen vom Erben gutgläubig, d. h. in Unkenntnis von der Anordnung der Nachlaßverwaltung erworben haben, der Schutz der §§ 932—936, 1032, 1207 nicht zugute. Ebensowenig der Schutz des Erbscheins (§§ 2366, 2367), der über das Bestehen einer Nachlaßverwaltung überhaupt nicht Auskunft zu geben hat, auch dann nicht, wenn der Dritte die Nachlaßsache als zum eigenen Vermögen des Erben gehörig angesehen hätte (a. M. Strohal II § 79 A 19a). Aufrechnung nach Anordnung der Verwaltung s. § 1977 A 5. KO § 7 jetzt § 8: Der an den Erben leistende Nachlaßschuldner ist den Nachlaßgläubigern gegenüber jedenfalls insoweit befreit, als das Geleistete an den Verwalter gekommen ist. Er ist ganz befreit, wenn er in Unkenntnis von der Anordnung der Verwaltung geleistet hat. Verschiedene Regelung der Beweislast, je nachdem die Leistung vor oder nach der öffentlichen Bekanntmachung (§ 1983) erfolgt ist.

4. Wie die Aktivlegitimation (A 2), so verliert der Erbe auch die **Passivlegitimation.** Die nach der Anordnung gegen den Erben erhobene Klage ist von Amts wegen abzuweisen. Der verurteilte Verwalter bedarf zur Geltendmachung der Beschränkung seiner Haftung nicht des Vorbehalts aus § 780 ZPO. Der vom oder gegen den Erben anhängig gemachte Rechtsstreit wird unterbrochen (ZPO §§ 241 Abs 2, 246). Das einmal ergangene Urteil kann jedoch auch ohne Vollstreckungsklausel (ZPO § 727) in den Nachlaß vollstreckt werden (ZPO §§ 778 Abs 1, 779). Nur im Falle des Nachlaßkonkurses ist die Zwangsvollstreckung unwirksam (KO § 221).

5. KO § 14. Durch Anordnung der Nachlaßverwaltung wird den **Privatgläubigern des Erben** die durch ZPO § 778 Abs 2 ihnen eröffnete Möglichkeit wieder entzogen, sich aus dem Nachlasse zu befriedigen. Nur im Wege der Pfändung des künftigen Nachlaßüberschusses (§ 1986) können sie mittelbar an den Nachlaß herangelangen. Auch der Nachlaßverwalter kann den Zugriff der Privatgläubiger in den Nachlaß verhindern (ZPO §§ 784 Abs 2, 785). Der Erbe selbst kann umgekehrt die Nachlaßgläubiger von seinem eigenen Vermögen abwehren, wenn er nur beschränkt haftet (ZPO §§ 784 Abs 1, 785). Haftet er unbeschränkt, so muß er die Zwangsvollstreckung der Privat- wie der Nachlaßgläubiger in sein eigenes Vermögen auch dann geschehen lassen, wenn die Nachlaßverwaltung auf Antrag eines Nachlaßgläubigers angeordnet war (§ 1981 Abs 2).

§ 1985

Der Nachlaßverwalter[1]) hat den Nachlaß zu verwalten und die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlasse zu berichtigen[2]).

Der Nachlaßverwalter ist für die Verwaltung des Nachlasses auch den Nachlaßgläubigern verantwortlich. Die Vorschriften des § 1978 Abs. 2 und der §§ 1979, 1980[2]) finden entsprechende Anwendung[3]).

E II 1859, 1861 P 5, 813—819.

1. Die Rechtsstellung des **Nachlaßverwalters** ist der des Konkursverwalters nachgebildet. Gleich diesem ist er weder gesetzlicher Vertreter des Erben noch der Nachlaßgläubiger, noch der Erbschaft, sondern Organ für Durchführung der Zwecke der Verwaltung mit eigener Parteistellung (**RG** 65, 287, deshalb kein Anspruch auf Armenrecht). Aus den allgemeinen auch auf die Nachlaßverwaltung anwendbaren Vorschriften über die Vormundschaft (§ 1975 A 2) ergibt sich insbesondere, daß der Verwalter ein Verzeichnis des Nachlaßvermögens aufzustellen und dem Nachlaßgericht einzureichen (§ 1802), daß er bei längerer Dauer und

jedenfalls bei Beendigung der Verwaltung Rechnung zu legen (§§ 1840, 1841, 1890), aus besondern Gründen auch Sicherheit zu leisten hat (§ 1844), daß er in den Fällen der §§ 1821, 1822 der Genehmigung des Nachlaßgerichts bedarf, daß er der Aufsicht des Gerichts untersteht (§ 1837) und nötigenfalls von ihm entlassen werden kann (§ 1886). Dem Verwalter kann eine Inventarfrist nicht bestimmt werden, er ist aber den Nachlaßgläubigern zur Auskunft verpflichtet, § 2012 Abs 2.

2. Das nach § 1984 dem Erben verloren gehende **Verwaltungs- und Verfügungsrecht** nicht bloß über den Nachlaß, sondern auch über die hierzu gehörenden Ansprüche der Nachlaßgläubiger (§ 1978 A 4) geht nebst der Aktiv- und Passivlegitimation im Prozesse ausschließlich auf den Verwalter über (KO § 6 Abs 2). Er hat den Nachlaß zu diesem Zwecke in Besitz zu nehmen und für Eintragung der erforderlichen Vermerke im Grundbuche (§ 1983) zu sorgen. Der Erbe ist dem Verwalter zur Herausgabe des Nachlasses gemäß § 260 verpflichtet und wird damit zum mittelbaren Besitzer, §§ 857, 868. Er darf sich gegenüber dem auf Antrag eines gesetzlichen Erben bestellten Verwalter der Herausgabe nicht deshalb weigern, weil er Testamentserbe sei (**RG** 21. 5. 09 VII 119/09). Hauptzweck der Verwaltung ist die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten. Hierzu hat der Nachlaßverwalter, ohne durch nähere Vorschriften beengt zu sein (s. auch ZVG § 175), jedoch unter billiger Berücksichtigung etwaiger Wünsche des Erben die Aktiven des Nachlasses flüssig zu machen (s. auch § 49, 88), insbesondere die Nachlaßaußenstände, soweit erforderlich, auch vom Erben selbst (§ 1976) einzuziehen (**RG** 72, 262). Die Bezugnahme auf §§ 1979, 1980 ergibt, daß die Berichtigung nicht oder nicht mehr erfolgen darf, sobald die Unzulänglichkeit des Nachlasses zu besorgen steht, daß im Falle der Überschuldung die Eröffnung des Konkurses zu beantragen ist und daß das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht leicht unterbleiben darf. Ist es erfolgt, so steht § 1973 auch dem Verwalter zur Seite (**RG** 61, 221). Mit Verteilung des Nachlasses hat er sich nicht zu befassen (**RG** 72, 260). Besondere Vorsicht wird in der Befriedigung von Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen geboten sein, die begriffsmäßig einen Nachlaßüberschuß voraussetzen (§ 1972 A 1). Gegebenenfalls ist § 1992 anwendbar. Auch die Verbindlichkeiten aus den vom Verwalter vorgenommenen Rechtsgeschäften sind Nachlaßverbindlichkeiten (KO § 224 Nr 5).

3. Der Verwalter ist gleich dem Vormunde (§ 1833) dem Erben, aber abweichend vom Nachlaßpfleger (§ 1960 A 5) „auch" unmittelbar **den Nachlaßgläubigern verantwortlich.** Entstehende Schadenersatzansprüche gegen den Verwalter gelten wie in § 1978 Abs 2 als zum Nachlasse gehörend. Sie unterliegen deshalb der Verfügung eines neu bestellten Verwalters oder, wenn Nachlaßkonkurs eröffnet wird, derjenigen des Konkursverwalters. Unterbleibt der Konkurs, so können sie auch von den Nachlaßgläubigern gegen den Verwalter geltend gemacht, ihm aber auch durch Verzicht erlassen werden (RJA 6, 119). Der Nachlaßrichter kann durch Verletzung seiner Aufsichtspflichten nur dem Erben, nicht auch den Nachlaßgläubigern haftbar werden (§ 1848).

§ 1986

Der Nachlaßverwalter darf den Nachlaß dem Erben erst ausantworten, wenn die bekannten Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt sind [1]).

Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf die Ausantwortung des Nachlasses nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet wird [2]). Für eine bedingte Forderung ist Sicherheitsleistung nicht erforderlich, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat [3]) [4]).

E II 1860 P 5, 816—819.

1. **Ausantwortung des Nachlasses.** Der Verwalter hat den Nachlaß nicht weiter zu versilbern, als zur Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlich ist. Hat er Grund, das Vorhandensein unbekannter Verbindlichkeiten anzunehmen, so darf er nicht nur nicht ausantworten, sondern macht sich hierdurch den Gläubigern auch schadenersatzpflichtig (§ 1985 A 3). Mehreren Erben ist der Nachlaß gemeinschaftlich auszuhändigen (§ 2039). Zur Vornahme der Teilung ist der Verwalter nicht berufen (**RG** 72, 260).

2. Ebenso § 52 Abs 1. Sicherheitsleistung §§ 232 ff. Die Hinterlegung gemäß §§ 372 ff. ist damit nicht ausgeschlossen.

3. Ebenso beim Arrest ZPO § 916 Abs 2 und bei der Verteilung im Konkurse KO §§ 154, 171.

4. Die Nachlaßverwaltung bleibt trotz Ausantwortung des Nachlasses bestehen, bis sie gemäß § 1919 vom Nachlaßgericht aufgehoben ist. Meldet sich vor der Aufhebung noch ein

Gläubiger, so kann der Verwalter vom Erben entsprechende Wiederaushändigung des Nachlasses fordern. Den erst **nach Beendigung** der Nachlaßverwaltung sich meldenden Gläubigern haftet der Erbe nach allgemeinen Grundsätzen. Also entweder unbeschränkt, wenn er schon vorher der Beschränkbarkeit verlustig gegangen war, oder gemäß § 1973, wenn ein Aufgebot erlassen war (ev. § 1974) oder gemäß § 1990, wenn der Nachlaß jetzt nicht mehr die Kosten der Verwaltung oder des Konkurses tragen würde. Bezüglich der Vermächtnisse und Auflagen gilt § 1992. Im übrigen kann der Erbe die Haftung auf den ihm ausgeantworteten Nachlaß nur dadurch beschränken, daß er von neuem Nachlaßverwaltung oder daß er Nachlaßkonkurs beantragt (a. M. Dernburg V § 169 A 2/3.)

§ 1987

Der Nachlaßverwalter kann für die Führung seines Amtes eine angemessene Vergütung verlangen[1]).

E II 1862 P 5, 820.

1. Der Verwalter hat ebenso wie der Konkursverwalter (KO § 85) und mangels abweichender Bestimmung des Erblassers der Testamentsvollstrecker (§ 2221) einen **Rechtsanspruch auf Vergütung**. Nicht so der Nachlaßpfleger, § 1960 A 5. Sie wird vom Nachlaßgericht mit Rücksicht auf den Umfang der Mühewaltungen und den Bestand der Masse festgesetzt. Der Anspruch auf Vergütung und Ersatz der Aufwendungen (§ 1835) ist im Konkurse Masseschuld, KO § 224 Nr 4, 6.

§ 1988

Die Nachlaßverwaltung endigt mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses[1]).

Die Nachlaßverwaltung kann aufgehoben werden, wenn sich ergibt, daß eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden ist[2]) [3]).

E II 1863 P 5, 819, 820.

1. **Die Nachlaßverwaltung endigt** ohne weiteres kraft Gesetzes. Die Wirksamkeit der von und gegenüber dem Verwalter nach Eröffnung des Konkurses vorgenommenen Rechtshandlungen bestimmt sich nach §§ 6—8 KO. Dagegen dauert die Nachlaßpflegschaft auch nach der Konkurseröffnung fort (§ 1960 A 5). Der Pfleger vertritt jetzt den Gemeinschuldner.

2. Wie KO § 204 und entsprechend § 1982. Hinterlegung eines Kostenvorschusses wendet auch hier die Aufhebung ab. Dem Erben wie den Nachlaßgläubigern steht gegen den Aufhebungsbeschluß einfache Beschwerde zu, FGG §§ 19, 20.

3. Abgesehen von Abs 1 dauert die Verwaltung fort, bis sie gemäß § 1919 durch Beschluß des Nachlaßgerichts **aufgehoben** ist (RG 72, 263). Zurücknahme des vom Erben selbst gestellten Antrags hindert die Durchführung der Verwaltung nicht (OLG 7, 134). Der Verwalter hat den Nachlaß an den Erben herauszugeben und Schlußrechnung zu legen, § 1890. Hierbei — nicht auch im Konkurse (KO § 223) — kann er wegen seiner Aufwendungen das Zurückbehaltungsrecht ausüben. Die im Grundbuch eingetragenen Verfügungsbeschränkungen sind zu löschen (§ 1983, GBO § 22). Der Tod des Erben ist auf die Fortführung der Verwaltung ohne Einfluß. Wohl aber ist sie aufzuheben nach dem Tode des Vorerben, wenn damit der Fall der Nacherbfolge eintritt, da gerade in Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten nunmehr an Stelle des Nachlasses dasjenige tritt, was der Nacherbe aus der Erbschaft erlangt, § 2144. Soll dies Gegenstand der Nachlaßverwaltung werden, so bedarf es einer neuen Anordnung nach § 1981. Bekanntmachung des Aufhebungsbeschlusses ist reichsgesetzlich nicht vorgeschrieben.

§ 1989

[1])Ist der Nachlaßkonkurs durch Verteilung der Masse[2]) oder durch Zwangsvergleich beendigt[3]), so finden auf die Haftung des Erben die Vorschriften des § 1973 entsprechende Anwendung[4]).

E I 2118 II 1864 M 5, 640, 641 P 5, 771—774.

1. **Beendigung des Nachlaßkonkurses.** Hat sich der Erbe durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses einmal das Recht der beschränkten Haftung gesichert (§ 1975), so bleibt es ihm in den Fällen des § 1989 erhalten, ohne daß er es, wie nach beendeter Nachlaßverwaltung (§ 1986 A 4) sich von neuem verschaffen müßte. Inventarfrist kann ihm jetzt nicht mehr bestimmt werden (§ 2000). § 1989 scheidet deshalb aus (§ 2013 Abs 1), soweit der Erbe bereits vor der Konkurseröffnung allen oder einzelnen Gläubigern unbeschränkt haftete. War Ausschlußurteil ergangen, so ist § 1973 unmittelbar anwendbar. Ebenso steht § 1974 dem Erben ohne weiteres zur Seite. Wird das Konkursverfahren wegen Mangels an Masse eingestellt,

so schlägt § 1990 Abs 1 ein. Im Falle der Einstellung mit Zustimmung der Konkursgläubiger (KO § 202) oder des § 116 KO entfällt die Konkurswirkung ganz, der Erbe haftet nach allgemeinen Grundsätzen.

2. Beendigung durch **Verteilung der Masse.** Nach KO § 164 können die im Konkurse angemeldeten oder etwa neu auftretende Nachlaßgläubiger ihre Forderungen jetzt unbeschränkt gegen den Erben geltend machen. Weist der Erbe, z. B. durch das Schlußverzeichnis (KO § 162) nach, daß der Nachlaß durch die Verteilung erschöpft ist, so erreicht er, wenn der Gläubiger nicht seinerseits einen Überschuß nachweist, ohne weiteres die Klagabweisung. Ist er mit dem Vorbehalt aus § 780 ZPO verurteilt oder war der Gläubiger gemäß KO § 164 Abs 2 sogleich mit Zwangsvollstreckung vorgegangen, so ist hierüber auf Grund der Einwendungen aus §§ 781, 785 ZPO vom Vollstreckungsrichter zu entscheiden. Sind sie begründet, so sind wie im Falle des § 784 ZPO die in das Privatvermögen des Erben vorgenommenen Zwangsmaßregeln aufzuheben. Ist ein Nachlaßüberschuß vorhanden, so hat ihn der Erbe nach den zu § 1973 A 6—11 näher erörterten Grundsätzen herauszugeben. Der Überschuß kann auch in den nach §§ 1976, 1977 als fortbestehend geltenden eigenen Schulden des Erben an den Nachlaß oder in den aus §§ 1978—1980 gegen ihn entstandenen Verbindlichkeiten bestehen.

3. Beendigung durch **Zwangsvergleich.** Wäre der Vergleich, was praktisch nicht vorkommen wird, vom Erben nur unter Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß geschlossen, so böte die Erfüllung nach § 1973 keine Schwierigkeiten. Regelmäßig übernimmt aber der Erbe damit persönliche Verpflichtungen, die für und gegen alle nicht bevorrechtigten (§ 1971) Nachlaßgläubiger im Umfange des § 193 KO wirksam sind. Daß sich der Erbe gegenüber denjenigen Gläubigern, die am Konkursverfahren nicht teilgenommen haben, der Erfüllung eines solchen Vergleichs unter Berufung auf § 1973 entziehen dürfe, muß nach dem unzweideutigen Wortlaute des § 193 KO als ausgeschlossen gelten (a. M. Planck A 3/4). Es kommen also nur diejenigen Gläubiger in Betracht, die nach KO §§ 230, 226 Nr 2—5 am Zwangsvergleiche nicht teilnehmen (s. auch KO § 63), sowie etwa ungedeckt gebliebene bevorrechtigte und Massegläubiger. Sie stehen den ausgeschlossenen Gläubigern gleich und können den Erben nach § 1973 nur auf den Betrag der Bereicherung aus dem Nachlaß in Anspruch nehmen. Er kann ihnen mithin die Verpflichtungen, die er im Zwangsvergleich für den Nachlaß übernommen hat, voll in Rechnung stellen. Aber auch nicht mehr, nicht etwa den Nennbetrag der angemeldeten durch den Zwangsvergleich mit einem Bruchteil abgefundenen Forderungen (a. M. Staudinger A 4, d, γ). Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen dürfen auch hier erst nach andern geltend gemachten Verbindlichkeiten und im Verhältnis untereinander nur gemäß § 1974 Abs 2 befriedigt werden. — Beendigung des Konkurses gemäß § 1989 bewirkt Teilhaftung der Miterben, § 2060 Nr 3. — S. auch ZVG § 175 Abs 2.

§ 1990

Ist die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich[1]) oder wird aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt[2]), so kann der Erbe die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht[3]). Der Erbe ist in diesem Falle verpflichtet, den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben[4]).

Das Recht des Erben wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger nach dem Eintritte des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung ein Pfandrecht oder eine Hypothek[5]) oder im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung erlangt hat[6]) [7]).

E I 2133 II 1865 M 5, 654—657 P 5, 745, 796—802.

1. Um die **Untunlichkeit der Nachlaßverwaltung oder Konkurseröffnung** zu erweisen, ist nicht erforderlich, daß die betreffenden Anträge gestellt und nach § 1982 oder KO § 107 abgelehnt sind. Ist aber die Ablehnung erfolgt, so ist eine Nachprüfung im Prozesse ausgeschlossen. Der Nachlaß muß nicht von vornherein überschuldet gewesen sein. Zur Begründung der Einrede gehört aber, daß sein dermaliger Bestand nicht ausreicht, den Gläubiger zu befriedigen.

2. §§ 1988 Abs 2, KO § 204. Gleichgültig ist, ob die Dürftigkeit des Nachlasses schon zur Zeit des Erbfalls vorlag, oder ob sie erst im Laufe der Abwickelung, sei es auch durch Befriedigung von Nachlaßgläubigern eingetreten ist. **RG** 9. 4. 07 VII 328/06 läßt jedoch nach

der Teilung (§ 2059) die Einrede nur dann noch zu, wenn der Nachlaß bereits zur Zeit der Teilung unzulänglich war.

3. Die **Unzulänglichkeitseinrede** dient dazu, das Recht des Erben, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, im Falle der Dürftigkeit des Nachlasses auch ohne Nachlaßverwaltung oder Konkurseröffnung zu verwirklichen. Sie steht deshalb nicht zu, soweit der Erbe, sei es allen, sei es dem betreffenden einzelnen Nachlaßgläubiger gegenüber (z. B. weil er den Vorbehalt gemäß ZPO § 780 nicht erwirkt hat) unbeschränkt haftet, § 2013. Er erlangt damit im allgemeinen die gleichen Befugnisse, wie sie ihm gemäß §§ 1973, 1974 gegenüber dem ausgeschlossenen und dem diesem gleichstehenden Nachlaßgläubiger gegeben sind. Er hat jedoch den Nachlaß schlechthin, nicht „nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 1973 A 8)" herauszugeben und hat — außer im Falle des § 1992 (A 4) nicht das Recht, die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Wertes abzuwenden (§ 1973 A 9). Aus dem Verweigerungsrecht folgt unmittelbar das Recht des Erben, den Zugriff der Nachlaßgläubiger auf sein eigenes Vermögen, wie im Falle des § 784 Abs 1 und zwar gemäß § 785 ZPO zu verhindern. Er ist durch § 1991 Abs 1 auch verpflichtet, von diesem Verweigerungsrecht bei eigener Verantwortung Gebrauch zu machen (§ 1978 A 2). Eine entsprechende Übertragung des in § 784 Abs 2 dem Nachlaßverwalter eingeräumten Widerspruchsrechts auf die Nachlaßgläubiger ist dagegen unstatthaft (a. M. Dernburg V § 170 A 15). Wohl aber können sie zum Schutz ihres durch Privatgläubiger des Erben gefährdeten Rechts auf Befriedigung aus dem Nachlaß eine einstweilige Verfügung aus § 940 ZPO erwirken. Einer Zwangsvollstreckung des Nachlaßgläubigers in den Nachlaß können weder der Erbe noch andere Nachlaßgläubiger widersprechen. S. auch unten A 5. Die Unzulänglichkeitseinrede schützt den Erben (§ 390) gegen den Versuch eines Nachlaßgläubigers, mit einer Privatschuld an den Erben, oder eines Nachlaßschuldners, mit einer Privatforderung gegen den Erben aufzurechnen, hindert aber nicht die Aufrechnung zwischen Nachlaßforderung und Nachlaßschuld. Soweit der Erbe die Tilgung von Nachlaßverbindlichkeiten durch Aufrechnung mit eigenen Forderungen vornimmt oder geschehen läßt, oder umgekehrt eigene Schulden mit Nachlaßforderungen tilgt, wird er gemäß § 1991 ersatzberechtigt oder verantwortlich.

4. Von der **Herausgabeverpflichtung** gilt das zu § 1973 A 6, 7 Gesagte. Auch hier handelt es sich nur um Duldung der Zwangsvollstreckung (das. A 8). Die Bereicherungsgrundsätze sind jedoch nicht anwendbar. Der Erbe haftet deshalb weder mit den Nutzungen noch mit den Surrogaten des Nachlasses (a. M. Dernburg V § 170, VI), auch nicht grundsätzlich auf Wertersatz (§ 818). Ebensowenig erhöht sich seine Haftung mit dem Zeitpunkte der Rechtshängigkeit oder der Kenntnis von der geltend gemachten Forderung (§§ 818, 819). Wohl aber können sich die Nachlaßgläubiger insoweit an das eigene Vermögen des Erben halten, als er ihnen nach §§ 1991, 1978, 1979 verantwortlich geworden ist. Umgekehrt ist er wegen seiner Aufwendungen ersatzberechtigt (§§ 1991, 1978). Auch hier steht ihm deshalb kein Zurückbehaltungsrecht zu. Er hat die Zwangsvollstreckung schlechthin geschehen zu lassen und kann sich nur aus dem Erlöse vorzugsweise befriedigen (a. M. Planck § 1991 A 1, b). Vgl. auch § 1973 A 8 a. E.

5. Die bereits gegen den Erblasser erlangten **dinglichen Rechte** bleiben selbstverständlich unberührt. Zur Abwehr von Zwangsvollstreckungsmaßregeln usw. in das eigene Vermögen ist der Erbe den Nachlaßgläubigern gegenüber schon durch die Verweigerungseinrede berechtigt (A 2). Es handelt sich mithin in Abs 2 um Zwangsvollstreckungen usw., die von Nachlaßgläubigern in den Nachlaß vorgenommen sind. Sie sind mit den aus § 782 ZPO sich ergebenden Beschränkungen zulässig und bleiben namentlich auch im Verhältnis der Nachlaßgläubiger untereinander an sich wirksam. Der Erbe ist aber dadurch nicht gehindert, aus den beschlagnahmten Gegenständen sich wegen seiner Aufwendungen vorzugsweise zu befriedigen (A 4) und sie, soweit er darin freie Hand hat (§ 1991 A 3) auch andern als den dadurch gesicherten Nachlaßgläubigern zur Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben. Jedenfalls kann und soll er verhindern, daß Pflichtteilsberechtigte usw. aus der erlangten Sicherung eine nach § 1991 Abs 4 ihnen nicht zukommende Befriedigung erhalten. Vgl. auch § 2016 Abs 2 und KO § 221.

6. Gegenüber dem durch **Vormerkung** gesicherten Anspruch wird für den Erben das durch § 884 beseitigte Recht wiederhergestellt, sich auf Beschränkung der Haftung im Sinne von Abs 1 zu berufen.

7. **Beweislast.** Die Klage gegen den Erben ist auf Leistung, nicht notwendig auf Befriedigung aus dem Nachlasse zu richten (Seuff A 62 Nr 195). Der Erbe kann die Unzulänglichkeitseinrede sogleich im Prozesse oder nachdem er mit dem Vorbehalt aus § 780 ZPO verurteilt ist (a. M. Dernburg V § 170, V) gemäß § 785 ZPO in der Zwangsvollstreckung geltend machen. Er ist für das Vorhandensein der in Abs 1 geforderten Voraussetzungen sowie dafür, daß und wodurch der ursprüngliche Nachlaß bis auf den jetzt behaupteten Bestand gemindert

oder ganz erschöpft sei (§ 260) beweispflichtig. Gegenüber dem bereits gelegten oder dem jetzt erst vom Gläubiger erzwungenen Inventar (§ 1994) ist nach § 2009 der Gläubiger beweispflichtig. Der Lauf der Verjährung wird durch die Unzulänglichkeitseinrede nicht gehemmt, § 202. — Entsprechende Anwendung bei der Gütergemeinschaft §§ 1480, 1489, 1504, bei Übernahme eines Vermögens § 419, Ausübung des Vorkaufsrechtes im Falle des § 2036 und Haftung des Vorerben § 2145.

§ 1991

Macht der Erbe von dem ihm nach § 1990 zustehenden Rechte Gebrauch, so finden auf seine Verantwortlichkeit und den Ersatz seiner Aufwendungen die Vorschriften der §§ 1978, 1979 Anwendung[1]).

Die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Erben als nicht erloschen[2]).

Die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines Gläubigers wirkt einem andern Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung[3]).

Die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen hat der Erbe so zu berichtigen, wie sie im Falle des Konkurses zur Berichtigung kommen würden[4]) [5]).

E I 2133 II 1866 M 5, 654—657 P 5, 745, 796—802 KB 314.

1. Gibt er nach § 1990 den Nachlaß heraus, so ist der **Erbe dem Gläubiger verantwortlich**, wie wenn er bis zur Annahme der Erbschaft seine Geschäfte geführt und von da ab bis zur Herausgabe sein Beauftragter gewesen wäre (§ 1978 A 1/4). Bis zum Belaufe der hierdurch begründeten Ansprüche kann auch der beschränkt haftende Erbe persönlich vom Gläubiger belangt werden (**RG** 10. 5. 06 IV 551/05). Insbesondere kommen, trotz Streichung des § 1980 durch die Reichstagskommission die Ansprüche wegen Nichtherbeiführung des Nachlaßkonkurses in Frage, wenn der ursprünglich zur Kostendeckung ausreichende Nachlaß erst später dürftig geworden ist. Wie die Bezugnahme auf § 1979 ergibt, steht dem Erben auch im Falle des dürftigen Nachlasses frei, Nachlaßverbindlichkeiten aller Art — auch Pflichtteilsberechtigte usw. (Abs 4) — in beliebiger Reihenfolge zu berichtigen, solange er den Nachlaß gutgläubig als hierzu ausreichend ansehen durfte. Seine Verantwortlichkeit beginnt erst mit dem Augenblicke, wo dies nicht mehr zutrifft, sie nötigt ihn jedoch jetzt nicht mehr dazu, wie im Falle des § 1980 Abs 2 das Aufgebot der Nachlaßgläubiger zu beantragen. Auch jetzt noch kann er sich wegen seiner **Ersatzansprüche für Aufwendungen** (§ 1978 A 5) aus dem Nachlasse befriedigen und, wenn es zur Zwangsvollstreckung kommt, vor dem Gläubiger Befriedigung verlangen (§ 1990 A 4). Im übrigen hat er jedenfalls die mit rechtskräftigem Titel ausgestatteten Gläubiger (Abs 3) vor allen andern, die Pflichtteilsberechtigten usw. aber (Abs 4), selbst wenn sie bereits mit Vollstreckungstitel ausgestattet sind (§ 1990 A 5), erst nach allen andern bekannten Nachlaßgläubigern — freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung — zu befriedigen. Innerhalb dieser Grenzen steht dem Erben frei, in welcher Reihenfolge er die Nachlaßverbindlichkeiten berichtigen will. Handelt es sich um ausgeschlossene oder diesen gleichstehende Gläubiger, so gelten die Vorschriften der §§ 1973, 1974. Durch Rücksichten auf die Unzulänglichkeit des Nachlasses ist er jetzt, wo § 1980 wegen Untunlichkeit der Konkurseröffnung nicht mehr in Frage kommt, nicht beengt. Für konkursmäßige Befriedigung hat er nur im Falle des Abs 4 zu sorgen.

2. Als **nicht erloschen gelten Rechte und Verbindlichkeiten** nicht allgemein (§ 1976), sondern nur im Verhältnis zu dem betreffenden, die Befriedigung fordernden Nachlaßgläubiger. Bezüglich der eigenen Forderungen an den Nachlaß muß der Erbe, da er selbst nicht klagen kann, von vornherein den in Abs 3 erwähnten Gläubigern gleichstehen. Er darf sich deshalb noch vor ihnen aus dem Nachlaß befriedigen und demgemäß Herausgabe der hierzu zu verwendenden Nachlaßgegenstände verweigern. Soweit er als Schuldner des Nachlasses gilt, muß er unmittelbar die Zwangsvollstreckung in sein Vermögen geschehen lassen. Es bedarf nicht erst einer Pfändung und Überweisung gemäß ZPO §§ 829, 846 ff., da eine Forderung gegen den Erben in Wahrheit nicht mehr besteht, sondern nur als noch bestehend angenommen wird. — Ähnlich §§ 2143, 2175, 2377.

3. Wie § 1973 A 10. Der Erbe darf mithin dem andern Gläubiger gegenüber die Herausgabe derjenigen Nachlaßgegenstände verweigern (§ 1990 A 3), die zur tatsächlichen Befriedigung des mit **rechtskräftigem Urteil** ausgestatteten Gläubigers zu verwenden sind. Solange dieser Gläubiger die Zwangsvollstreckung nicht betreibt, kann die Auswahl der Nachlaßgegenstände unter Kontrolle des Vollstreckungsgerichts (ZPO § 766) nur vom Erben ge-

troffen werden. Diesem Zurückbehaltungsrecht entspricht auch die Verpflichtung des Erben, den mit Rechtskraft versehenen Gläubiger vor den übrigen und wenn mehrere rechtskräftige Urteile ergangen sind, den älteren Titel vor dem späteren zu befriedigen. Ein Zuwiderhandeln macht den Erben nach Abs 1 persönlich verantwortlich, würde ev. auch einen Bereicherungsanspruch des geschädigten gegen den ungerechtfertigter Weise befriedigten Gläubiger begründen. Die Sonderbestimmungen des § 225 KO, wonach der Erbe im Konkurse an die Stelle des von ihm befriedigten Gläubigers tritt, kommt ihm hier nicht zugute. Dagegen erwerben die in Abs 4 genannten Pflichtteilsberechtigten usw. auch durch rechtskräftiges Urteil keinen Anspruch darauf, vor den übrigen, eigentlichen Nachlaßgläubigern befriedigt zu werden. Der Erbe kann und muß ihre Befriedigung trotzdem verhindern (§ 1990 A 5).

4. Die Verpflichtung des Erben, die **Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten** konkursmäßig, d. h. nach allen übrigen Verbindlichkeiten, unter sich aber in der durch KO §§ 226, 227 bestimmten Rangordnung zu befriedigen, entsteht erst mit dem Augenblicke, wo er die Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Befriedigung der eigentlichen Nachlaßgläubiger zu übersehen vermag (oben A 1). Läßt er trotzdem die Pflichtteilsberechtigten usw. zum Zuge kommen, so wird er den benachteiligten Gläubigern persönlich verantwortlich. Zugleich steht diesen das Anfechtungsrecht aus § 3a AnfG zu, nicht aber ohne weiteres auch der Bereicherungsanspruch gegen den befriedigten Vermächtnisnehmer (**RG** JW 08, 487[21]).

5. **Beweislast** § 1990 A 7. Der Gläubiger ist dafür beweispflichtig, daß und inwieweit ihm der Erbe persönlich verantwortlich sei (A 1, 3, 4) oder inwieweit er noch als Nachlaßschuldner zu gelten habe (A 2). Der Erbe hat zu beweisen die Aufwendungen, wegen deren er Ersatz oder nach § 257 Befreiung fordert (A 1) oder das Bestehen eigener Forderungen an den Nachlaß (A 2) oder gegen ihn ergangene rechtskräftige Urteile (A 3). Den Pflichtteilsberechtigten usw. gegenüber hat der Erbe das Vorhandensein anderer ihnen vorgehender Nachlaßgläubiger zu beweisen, wogegen ihnen der Beweis der Befriedigung dieser Gläubiger oder der Zulänglichkeit des Nachlasses offen steht.

§ 1992

Beruht die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen¹), so ist der Erbe, auch wenn die Voraussetzungen des § 1990 nicht vorliegen²), berechtigt, die Berichtigung dieser Verbindlichkeiten nach den Vorschriften der §§ 1990, 1991 zu bewirken³). Er kann die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Wertes abwenden⁴).

E II 1867 P 5, 762, 763, 802—804, 816.

1. Beruht die Überschuldung des Nachlasses (KO § 215) auf **Vermächtnissen und Auflagen**, so ist der Erbe und ebenso der Nachlaßverwalter nach KO § 217 Abs 1 berechtigt, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. Sie sind aber nicht, wie im Falle des § 1980 hierzu verpflichtet. Das Recht der Vermächtnisnehmer und Auflageberechtigten, den Nachlaßkonkurs zu beantragen, wenn über das Vermögen des Erben selbst das Konkursverfahren eröffnet ist (KO § 219), bleibt unberührt. Ebenso das Recht, Anordnung der Nachlaßverwaltung zu beantragen, wenn die Voraussetzungen des § 1981 Abs 2 gegeben sind.

2. Gleichviel, ob der nach Befriedigung der eigentlichen Nachlaßgläubiger verbleibende Überschuß die Kosten des Verfahrens decken würde oder nicht.

3. Der Erbe (wie der Nachlaßverwalter) kann den Vermächtnisnehmern und Auflageberechtigten die **Befriedigung** aus dem zur Tilgung der übrigen Nachlaßverbindlichkeiten einschließlich der Pflichtteilsrechte benötigten Nachlaß **verweigern** (§ 1990 A 3), hat ihnen aber den Nachlaßüberschuß herauszugeben (das. A 4). Er kann sich hierbei wegen seiner Aufwendungen (§ 1991 A 1) sowie wegen eigener Forderungen an den Nachlaß (das. A 2) befriedigen, ist ihnen aber bis zur Herausgabe auch für die Behandlung des Nachlasses, insbesondere für eine etwaige Verschleuderung, Tilgung unbegründeter Verbindlichkeiten usw. persönlich verantwortlich (das. A 1). Er hat, selbst wenn der eine oder der andere rechtskräftiges Urteil erstritten hätte, dafür Sorge zu tragen, daß die mehreren Vermächtnisnehmer und Auflageberechtigten in der konkursmäßigen Reihenfolge befriedigt werden (das. A 3/4). Haftet der Erbe unbeschränkt, so ist § 1992 überhaupt nicht anwendbar, § 2013 Abs 1. Die gleichen Rechte und Pflichten sind auch dem überschwerten Vermächtnisnehmer gegeben § 2187.

4. Dem Erben steht, wie im Falle des § 1973 A 9, das **Einlösungsrecht** zu. Auch hier ist der für die Zeit der Ausübung dieses Rechtes zu ermittelnde Schätzungswert der Nachlaßgegenstände maßgebend. Die Unzulänglichkeitseinrede verwandelt sich damit in eine reine Abzugseinrede, die Haftung cum viribus in eine solche pro viribus hereditatis. Sie führt zur entsprechenden Kürzung aller in Betracht kommenden Beschwerungen des Nachlasses.

IV. Inventarerrichtung Unbeschränkte Haftung des Erben

Die Inventarerrichtung kann vom Erben jederzeit freiwillig vorgenommen werden (§ 1993). Sie muß erfolgen, nachdem ihm auf Antrag eines Nachlaßgläubigers hierzu Frist bestimmt ist (§ 1994). Sie ist an sich kein Mittel, dem Erben die beschränkte Haftung zu sichern. Wohl aber droht ihm deren Verlust, wenn er die Inventarfrist versäumt (§ 1994) oder wenn er ein ungetreues Inventar errichtet (§ 2005). In beiden Fällen wird er allen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar, während er im Falle der Verweigerung des Offenbarungseides nur dem betreffenden, den Eid verlangenden einzelnen Gläubiger unbeschränkt haftet (§ 2006).

§ 1993

Der Erbe ist berechtigt, ein Verzeichnis des Nachlasses (Inventar) bei dem Nachlaßgericht einzureichen (Inventarerrichtung)[1]).

E I 2095 Abs 1 II 1868 Abs 1 M 5, 608 P 5, 731—733; 6, 395.

1. **Durch freiwillige Inventarerrichtung** beugt der Erbe (oder Miterbe) der Möglichkeit vor, hierzu auf Antrag eines Nachlaßgläubigers gezwungen zu werden, §§ 1994 ff. Er sichert sich damit die Vermutung des § 2009, vergewissert sich in Verbindung mit dem Aufgebot über den Bestand des Nachlasses (§ 1980) und erleichtert sich die ihm obliegenden Nachweisungen, um die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken (§§ 1973 A 11, 1990 A 7). Dagegen verliert er mit der Errichtung die aufschiebende Einrede des § 2014. Inhalt des Inventars § 2001, Aufnahme §§ 2002—2004, getreue Errichtung § 2005. Das Inventar ist erst mit der Einreichung (§ 2003 Abs 3) errichtet. Die Kosten der Inventarerrichtung gehören zu den Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 A 3) und sind im Konkurse Masseschulden (KO § 224 Nr 4). Das vom Nachlaßpfleger als dem gesetzlichen Vertreter des Erben (§ 1960 A 5) errichtete Inventar ist vom Erben errichtet. Das vom Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker (§ 2215) eingereichte Inventar kann er gemäß § 2004 für sein Inventar erklären. Inventar des Ehemanns der Erbin § 2008, des Miterben § 2063, des Vorerben § 2144, des Erbschaftskäufers oder Verkäufers § 2383. Das freiwillige Inventar darf versiegelt eingereicht, aber vom Nachlaßgericht eröffnet werden, wenn ein hierzu Berechtigter Einsicht verlangt (§ 2010) oder der Antrag auf Bestimmung der Frist (§ 1994) gestellt wird. Bedient sich der Erbe eines Bevollmächtigten, so hat er auch die Vollmachtsurkunde mit einzureichen (§ 174).

§ 1994

Das Nachlaßgericht hat dem Erben auf Antrag eines Nachlaßgläubigers[1]) zur Errichtung des Inventars eine Frist (Inventarfrist) zu bestimmen[2]). Nach dem Ablaufe der Frist haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, wenn nicht vorher das Inventar errichtet wird[3]).

Der Antragsteller hat seine Forderung glaubhaft zu machen[4]). Auf die Wirksamkeit der Fristbestimmung ist es ohne Einfluß, wenn die Forderung nicht besteht[5]).

E I 2095, 2096 II 1868 Abs 1, 1869 M 5, 608—610 P 5, 732—734, 740; 6, 395.

1. **Nachlaßgläubiger** einschließlich der Pflichtteilsberechtigten (§ 1967), denen der Erbe überdies nach § 2314 auskunftspflichtig ist. Auch der ausgeschlossene und der ihm gleichstehende Nachlaßgläubiger (§§ 1973, 1974) sind antragsberechtigt, wenn auch der Erbe ihnen gegenüber der beschränkten Haftung nicht auf Grund der §§ 1994 und 2005 verlustig gehen kann (§ 2013 A 3). Ebenso der Miterbe gegenüber den übrigen Miterben, wenn er zugleich Nachlaßgläubiger ist (s. aber § 2063 Abs 2). Der Antrag ist an keine Form und an keine Frist gebunden. Er ist abzulehnen, wenn vom Erben oder mit Wirkung für ihn (§ 1993 A 1) bereits formgerechtes Inventar errichtet ist (RJA 8, 185).

2. **Inventarfrist** als technische Bezeichnung. Daß der **Erbe** bereits angenommen habe ist nicht erforderlich (§ 1995 Abs 2). Doch darf er nicht bereits wirksam ausgeschlagen haben. Herrscht Streit darüber, ob ausgeschlagen sei, so kann Aussetzung der Inventaraufnahme nicht verlangt werden (RJA 3, 176). Schlägt er hinterher aus, so wird die Fristbestimmung von selbst wirkungslos. Auch dem geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben kann, wiewohl unter Beobachtung der Vorschriften in §§ 1997, 1999 die Frist bestimmt werden. Nicht aber dem Fiskus (§ 2011), dem Nachlaßpfleger oder Nachlaßverwalter (§ 2012) oder dem Erben während der Dauer der Nachlaßverwaltung und des Nach-

laßkonkurses. Die Frist ist eine richterliche (ZPO § 221). Sie braucht mehreren Erben gegenüber nicht einheitlich festgesetzt zu werden. Dauer der Frist § 1995. Sie wird gewahrt durch Einreichung des Inventars, aber auch durch Stellung des Antrags nach § 2003 Abs 1 oder durch Erklärung nach § 2004, wobei dem Inventarpflichtigen nach §§ 2008, 2063, 2144, 2383 auch das von gewissen andern Personen errichtete Inventar zustatten kommt. Gegen die Bestimmung der Frist (z. B. weil er nicht Erbe sei) oder gegen ihre (zu kurze) Bemessung steht dem Erben, gegen die (zu lange) Fristbemessung dem Gläubiger und zwar mit Fristenlauf gegen alle Gläubiger die sofortige Beschwerde aus FGG § 77 zu. Ablehnung der Fristbestimmung begründet für den Gläubiger die einfache Beschwerde aus FGG §§ 19, 20.

3. Die **unbeschränkte Haftung** wegen Nichteinhaltung der Frist tritt mit den in § 2013 Abs 1 bezeichneten Wirkungen und Einschränkungen ipso jure gegenüber allen Nachlaßgläubigern ein, auch wenn sie an der Antragsstellung nicht beteiligt waren. Ausnahmen §§ 2063 Abs 2, 2144 Abs 3. Darauf, ob die Versäumnis vom Erben verschuldet war oder nicht, kommt nichts an, eine Wiedereinsetzung ist nicht gegeben, s. jedoch § 1996. Für Einhaltung der Frist ist der Erbe beweispflichtig.

4. **Glaubhaftmachung der Forderung**, FGG § 15 Abs 2, ZPO § 294. Das Nachlaßgericht ist nicht gehindert, den Erben zuvor zu hören, und wenn er die Erbeneigenschaft bestreitet, auch deren Glaubhaftmachung zu fordern. Doch darf die Fristbestimmung wegen eines Prätendentenstreits nicht ausgesetzt werden (OLG 6, 70).

5. Der säumige Erbe wird auch, wenn die **Forderung nicht besteht**, unbeschränkt haftbar. Das Nachlaßgericht kann die Fristbestimmung nicht zurücknehmen, auch wenn es nachträglich ihre Voraussetzungen für nicht gegeben achtet (FGG § 18 Abs 2).

§ 1995

Die Inventarfrist soll mindestens einen Monat, höchstens drei Monate betragen[1]). Sie beginnt mit der Zustellung des Beschlusses, durch den die Frist bestimmt wird[2]).

Wird die Frist vor der Annahme der Erbschaft bestimmt, so beginnt sie erst mit der Annahme der Erbschaft[3]).

Auf Antrag des Erben kann das Nachlaßgericht die Frist nach seinem Ermessen verlängern[4]).

E I 2097 II 1870 M 5, 610, 611 P 5, 734.

1. **Dauer der Frist.** Eine Verletzung der Sollvorschrift macht die Fristbestimmung nur dann unwirksam, wenn dem Erben auch die Mindestfrist nicht offen bleibt. Fristberechnung §§ 186—193.

2. Die **Zustellung** erfolgt nach FGG § 16 Abs 2, ZPO §§ 208—213. Sie setzt für jeden der mehreren Erben eine besondere Frist in Lauf. Für den Fall unverschuldeter Unkenntnis von der Zustellung gewährt § 1996 Hilfe. Zustellung an den gesetzlichen Vertreter des Erben ZPO § 171, Mitteilung an das Vormundschaftsgericht § 1999. Dem Antragsteller gegenüber genügt Bekanntmachung zu Protokoll, FGG § 16 Abs 3.

3. Annahme der Erbschaft § 1943 A 1 und § 1957 A 1.

4. **Fristverlängerung** § 190. Sie kann nur in Frage kommen, solange die bestimmte Frist noch nicht abgelaufen ist. Gegen die auf den Verlängerungsantrag ergehende Verfügung sofortige Beschwerde des Erben wie des Gläubigers, FGG § 77 Abs 2, 3. Wiederholte Verlängerung ist nicht ausgeschlossen. Für die verlängerte Frist bestehen keine Grenzen. Verkürzung der Frist ist weder bei der ersten noch bei einer späteren Fristbestimmung zulässig.

§ 1996

Ist der Erbe durch höhere Gewalt verhindert worden, das Inventar rechtzeitig zu errichten oder die nach den Umständen gerechtfertigte Verlängerung der Inventarfrist zu beantragen, so hat ihm auf seinen Antrag das Nachlaßgericht eine neue Inventarfrist zu bestimmen[1]). Das Gleiche gilt, wenn der Erbe von der Zustellung des Beschlusses, durch den die Inventarfrist bestimmt worden ist, ohne sein Verschulden Kenntnis nicht erlangt hat[2]).

Der Antrag muß binnen zwei Wochen nach der Beseitigung des Hindernisses und spätestens vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Ende der zuerst bestimmten Frist gestellt werden[3]).

Vor der Entscheidung soll der Nachlaßgläubiger, auf dessen Antrag die erste Frist bestimmt worden ist, wenn tunlich gehört werden[4]).

E I 2098 II 1871 M 5, 611, 612 P 5, 734.

1. Begriff der **höheren Gewalt** s. § 203 Abs 2. Stillstand der Rechtspflege § 1997. Verlängerung der Frist § 1995 Abs 3. Die Abhilfe geschieht nicht im Wege der Wiedereinsetzung (RG 54, 151), sondern der Bestimmung **neuer Inventarfrist** gemäß § 1995, also mit mindestens einmonatiger Dauer. Sie kann gleichfalls verlängert werden. Der Fall des Abs 1 kann vor Ablauf des Jahres (Abs 2) wiederholt gegeben sein. Erst die Versäumnis der neuen Frist macht den Erben unbeschränkt haftbar.

2. Entsprechend ZPO § 233 Abs 2. So besonders im Falle der Ersatzzustellung nach ZPO § 181. Das Verschulden des gesetzlichen Vertreters oder des Generalbevollmächtigten (ZPO §§ 171, 173) ist vom Erben zu vertreten.

3. Entsprechend ZPO § 234. Hemmung der Antragsfrist § 1997, Tod des Erben § 1998.

4. Sofortige Beschwerde des Erben oder des Nachlaßgläubigers gegen die ablehnende oder stattgebende Verfügung FGG § 77 Abs 2. Die rechtskräftige Entscheidung des Nachlaßgerichts kann auch im Prozesse nicht wieder in Frage gestellt werden. — Neue Frist zur Ergänzung des Inventars § 2005 Abs 2.

§ 1997

Auf den Lauf der Inventarfrist und der im § 1996 Abs 2 bestimmten Frist von zwei Wochen finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 203 Abs 1 und des § 206 entsprechende Anwendung[1]).

E I 2100 II 1872 M 5, 613, 614 P 5, 734, 741.

1. Der **Lauf** und somit auch der Ablauf der ursprünglichen, der verlängerten und der neu bestimmten **Inventarfrist** sowie der zweiwöchigen Antragsfrist (§§ 1995, 1996) wird gehemmt durch Stillstand der Rechtspflege, § 203 Abs 1. Höhere Gewalt § 1996. Im Mangel eines gesetzlichen Vertreters für den geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben kann die Frist überhaupt nicht in Lauf gesetzt werden. Jedenfalls läuft sie nicht zu Ende, solange der Mangel dauert. Von dem Zeitpunkte ab, in welchem der Erbe unbeschränkt geschäftsfähig geworden oder wieder gesetzlich vertreten ist, beginnt die ursprünglich bestimmte, die verlängerte oder die neu bestimmte Frist, ebenso die zweiwöchige Antragsfrist von neuem zu laufen. Nur wenn die Frist auf mehr als sechs Monate verlängert worden wäre (§ 1995 Abs 3), endet sie jedenfalls nach sechs Monaten, § 206. Versäumnis des gesetzlichen Vertreters hindert den Fristablauf nicht (§ 1996 Abs 2). Mitteilungspflicht des Nachlaßgerichts § 1999.

§ 1998

Stirbt der Erbe vor dem Ablaufe der Inventarfrist oder der im § 1996 Abs. 2 bestimmten Frist von zwei Wochen, so endigt die Frist nicht vor dem Ablauf der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist.[1])

E I 2099 II 1873 M 5 612, 613 P 5, 734.

1. Die Vorschrift des § 1952 Abs 2 ist auf die Inventar- und die Antragsfrist übertragen. Fällt die Erbschaft des Erben an mehrere Erben, so ist jeder Miterbe zur Errichtung des Inventars über die ganze dem ersten Erben angefallene Erbschaft verpflichtet. Die Frist kann für jeden verschieden laufen (§ 1944 A 2). Wahrung der Frist durch einen Miterben kommt auch den andern nicht schon säumig gewordenen Miterben zustatten, § 2063. Auch der Erbeserbe kann Verlängerung (§ 1995 Abs 3) und neue Fristbestimmung (§ 1996) beantragen.

§ 1999

Steht der Erbe unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft, so soll das Nachlaßgericht dem Vormundschaftsgerichte von der Bestimmung der Inventarfrist Mitteilung machen[1]).

E I 2101 II 1874 M 5, 614 P 5, 734.

1. Das Vormundschaftsgericht soll damit in den Stand gesetzt werden, Aufsichts wegen (§§ 1837, 1667 ff.) über Einhaltung der Inventarfrist durch Vormund (Pfleger § 1915) oder Gewalthaber zu wachen. Für den Fristablauf selbst ist die Mitteilung ohne Bedeutung.

§ 2000

Die Bestimmung einer Inventarfrist wird unwirksam, wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet wird[1]). Während der Dauer der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses kann eine Inventarfrist nicht bestimmt werden[2]). Ist der Nachlaßkonkurs durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt, so bedarf es zur Abwendung der unbeschränkten Haftung der Inventarerrichtung nicht[3]).

E I 2095 Abs 2 II 1868 Abs 3 M 5, 609 P 5, 733, 741.

1. **Nachlaßverwaltung** und **Nachlaßkonkurs** sichern dem Erben ohnedies die beschränkte Haftung (§ 1975), den Nachlaßgläubigern aber die ordnungsmäßige Befriedigung, Pflicht des Verwalters, ein Verzeichnis des Nachlasses aufzustellen und des Erben ihm hierbei behilflich zu sein, § 1985 A 1, 2.

2. Die **Inventarfrist** kann weder dem Erben noch dem Nachlaßverwalter (§ 2012) noch dem Konkursverwalter, dem schon das Gesetz Anfertigung des Inventars und der Bilanz auferlegt (KO § 124), bestimmt werden. Auch die Beeidigung eines vom Erben bereits gelegten Inventars (§ 2006) kann jetzt nicht in Frage kommen (KO § 125).

3. In diesem Falle haftet der Erbe nach § 1989 allen Gläubigern gegenüber nur so, wie er gemäß § 1973 den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber haften würde. Auch von diesen kann er, wiewohl ohne die Gefahr des Verlustes der beschränkten Haftung zu laufen, zur Inventarerrichtung gezwungen werden (§ 1994 A 1). In dem besondern Falle des **durchgeführten Nachlaßkonkurses**, der notwendig die Inventarerrichtung schon mit sich gebracht hat (KO § 124), darf dem Erben die Inventarfrist überhaupt nicht bestimmt werden. Dagegen ist ihm auf Antrag neue Frist zu bestimmen, wenn der Konkurs auf andere Weise beendet worden ist (§ 1989 A 1 a. E.). Ebenso nach durchgeführter Nachlaßverwaltung (§ 1986 A 4). Doch kommt ihm hierbei regelmäßig § 2004 zu statten.

§ 2001

In dem Inventar sollen die bei dem Eintritte des Erbfalls vorhandenen Nachlaßgegenstände und die Nachlaßverbindlichkeiten vollständig angegeben werden[1]).

Das Inventar soll außerdem eine Beschreibung der Nachlaßgegenstände, soweit eine solche zur Bestimmung des Wertes erforderlich ist, und die Angabe des Wertes enthalten[2]).

E I 2105 II 1875 M 5, 618 P 5, 735—737.

1. Für die **Nachlaßgegenstände** (Sachen und Rechte § 90) ist lediglich die Zeit des Erbfalls maßgebend. Ebenso für die Wertsangabe. Seit dem Tode des Erblassers eingetretene Veränderungen bleiben außer Betracht (s. aber §§ 1978 A 4, 1991 A 1). Dagegen entscheidet für die **Nachlaßverbindlichkeiten** (§ 1967 Abs 2) der Zeitpunkt der Errichtung. Hierzu gehören auch die Kosten des Inventars (im Konkurse als Masseschuld KO § 224 Nr 4). Dies schließt nicht aus, daß sich der Erbe zu Zwecken der Inventarerrichtung durch Rechtsgeschäft auch persönlich verpflichtet (§ 1967 A 3). Der Wortlaut des Gesetzes ergibt, daß die durch Konfusion erloschenen Aktiven und Passiven gesondert aufzuführen sind (§§ 1976, 1991 Abs 2). Vergleichung und Ermittelung des Bestands- oder Schuldenüberschusses ist zweckmäßig, aber nicht vorgeschrieben. Auch das von einem Miterben errichtete Inventar (vgl. RJA 8, 100) muß sich über den ganzen Nachlaß verhalten. Ausgleichungsposten gehören nicht herein (§ 2057).

2. Die **Beschreibung und Wertsangabe** liegt im Falle des § 2002 dem Erben, im Falle des § 2003 unter Mitwirkung des Erben dem aufnehmenden Beamten ob. Abschätzung durch Sachverständige ist nicht erforderlich. Entspricht das Inventar nicht den gesetzlichen Vorschriften, so kann neue Inventarfrist bestimmt werden. Absichtliche Unvollständigkeit macht den Erben unbeschränkt haftbar (§ 2005).

§ 2002

Der Erbe muß zu der Aufnahme des Inventars eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar zuziehen[1]).

E I 2102 II 1876 M 5, 615, 616 P 5, 734, 737.

1. Ein vom Erben selbst aufgenommenes Inventar genügt nicht, selbst wenn es öffentlich beglaubigt wäre (anders bei dem vom Vorerben nach § 2121 oder vom Testamentsvollstrecken

nach § 2215 mitzuteilenden Verzeichnis). Er bedarf in jedem Falle, auch wenn kein Nachlaß vorhanden ist, der **amtlichen Mitwirkung** gemäß § 2002 oder § 2003. Die Tätigkeit der bloß zugezogenen Behörde usw. ist nur eine beratende, nicht selbständig ermittelnde. Sie überhebt den Erben nicht der eignen Verantwortung. Er hat selbst für rechtzeitige Einreichung zu sorgen (§ 1994 A 2). Nur Antrag nach § 2003 Abs 1, nicht bloße Zuziehung wahrt die Frist. Die zugezogene Amtsperson muß ihre Mitwirkung durch dienstliche Unterschrift neben der des Erben kenntlich machen. Die Zuständigkeit der Behörden oder Beamten bestimmt sich nach Landesrecht, EG Art 148, FGG § 200. Der preuß. Gerichtsvollzieher ist nur zuständig, wenn er vom Gericht beauftragt ist (**RG** 30. 5. 07 VI 366/06). Bedient sich der Erbe eines Bevollmächtigten, so hat er ihn dem Nachlaßgericht gegenüber, wenn auch erst nach der Einreichung, zu legitimieren.

§ 2003

Auf Antrag des Erben hat das Nachlaßgericht entweder das Inventar selbst aufzunehmen oder die Aufnahme einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar zu übertragen[1]. Durch die Stellung des Antrags wird die Inventarfrist gewahrt[2].

Der Erbe ist verpflichtet, die zur Aufnahme des Inventars erforderliche Auskunft zu erteilen[3].

Das Inventar ist von der Behörde, dem Beamten oder dem Notar bei dem Nachlaßgericht einzureichen[4].

E I 2103 II 1877 M 5, 616, 617 P 5, 734, 741.

1. **Nachlaßgericht** FGG §§ 72 ff. Seine Zuständigkeit kann durch Landesgesetz überhaupt (EG Art 147) oder doch soweit es sich um Aufnahme des Inventars handelt (Art 148) ausgeschlossen werden. Der Antrag kann auch von einem Miterben wirksam gestellt werden (RJA 8, 100).

2. **Inventarfrist** § 1995, verlängerte und neubestimmte Frist §§ 1995 Abs 3, 1996. Der von einem Miterben gestellte Antrag wahrt die Frist auch für die übrigen Erben (§ 2063 Abs 1, OLG 10, 296). Er kann darauf gerichtet werden, das Inventar bei dem im Besitze des Nachlasses befindlichen Miterben aufzunehmen (OLG 5, 342).

3. Die **Aufnahme** liegt abweichend von § 2002 nicht dem Erben, sondern der Amtsperson ob. Ihre Verpflichtung geht aber nicht weiter, als **Auskunft vom Erben** zu erfordern, nicht auch deren Richtigkeit amtlich zu erörtern. Zwangsmittel zur Erteilung der Auskunft bestehen nicht. Ihre Verweigerung oder Verzögerung, sowie die Unrichtigkeit der Auskunft sind aber mit dem Verluste der beschränkten Haftung bedroht (§ 2005 Abs 1). Die sonst aus der Auskunftspflicht folgende Verpflichtung zur Vorlegung eines Verzeichnisses (§ 260) kommt hier nicht in Frage.

4. Die Amtspersonen sind zur **Einreichung** nicht bloß (wie die Notare in FGG §§ 71, 129, GBO § 15) ermächtigt, sondern verpflichtet. Gegen Verzögerungen ist die Aufsichtsbeschwerde gegeben.

§ 2004

Befindet sich bei dem Nachlaßgerichte schon ein den Vorschriften der §§ 2002, 2003 entsprechendes Inventar[1], so genügt es, wenn der Erbe vor dem Ablaufe der Inventarfrist[2] dem Nachlaßgerichte gegenüber erklärt, daß das Inventar als von ihm eingereicht gelten soll[3].

E I 2104 II 1878 M 5, 617, 618 P 5, 735.

1. Das **bei dem Nachlaßgericht befindliche Inventar** darf nicht bloß als Privatinventar errichtet worden sein. War vorschriftsmäßiges Inventar vom Erben oder mit Wirkung für den Erben (§§ 2008, 2063, 2144, 2383) von einem andern errichtet, so kommt § 2004 nicht in Frage. Die Frist darf ihm in diesem Falle überhaupt nicht bestimmt werden (§ 1994 A 1). Das in bezug zu nehmende Inventar kann vom Nachlaß- oder Konkursverwalter, vom Testamentsvollstrecker, Erbschaftsbesitzer, auch von einem nicht ausgewiesenen Bevollmächtigten oder einem auftragslosen Geschäftsführer des Erben errichtet und dem Nachlaßgericht von vornherein eingereicht oder von ihm herbeigezogen sein. Es kann auch vom Nachlaßgericht selbst gemäß § 1960 Abs 2 errichtet sein.

2. Vor Ablauf der ersten oder der verlängerten oder der neu bestimmten **Inventarfrist** (§§ 1995, 1996).

3. Die **Erklärung** ist an keine Form oder Formel gebunden. Erfolgt sie durch einen Bevollmächtigten, so darf sie nicht wie in § 174 zurückgewiesen werden, wenn Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt wird. Beglaubigung oder Nachbringen der Vollmacht innerhalb der Frist (so bei der Ausschlagung § 1945 Abs 2) ist nicht vorgeschrieben. Auch durch Bezugnahme auf ein fremdes Inventar kann ungetreue Errichtung im Sinne von § 2005 (A 1) begangen werden.

§ 2005

Führt der Erbe absichtlich eine erhebliche Unvollständigkeit der im Inventar enthaltenen Angabe der Nachlaßgegenstände herbei[1]) oder bewirkt er in der Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachteiligen, die Aufnahme einer nicht bestehenden Nachlaßverbindlichkeit[2]), so haftet er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt[3]). Das Gleiche gilt, wenn er im Falle des § 2003 die Erteilung der Auskunft verweigert oder absichtlich in erheblichem Maße verzögert[4]).

Ist die Angabe der Nachlaßgegenstände unvollständig, ohne daß ein Fall des Abs. 1 vorliegt[5]), so kann dem Erben zur Ergänzung eine neue Inventarfrist bestimmt werden[6]) [7]).

E I 2106 II 1879 M 5, 618—621 P 5, 738—741, 754—756.

1. Das Gesetz unterscheidet beim ungetreuen Inventar zwischen den auf die Aktiven und den auf die Passiven des Nachlasses (§ 2001 Abs 1) bezüglichen Angaben. Es macht aber zwischen dem freiwilligen (§ 1993) und dem erzwungenen Inventar (§§ 1994 ff.) keinen Unterschied. Bezüglich der **Nachlaßgegenstände** (Sachen und Rechte § 90) ist bei Strafe der unbeschränkten Haftung Vollständigkeit erfordert, soweit der Erbe von ihrem Vorhandensein und der Zugehörigkeit zum Nachlasse Kenntnis hat. Mängel der Beschreibung und der Wertangabe (§ 2001 Abs 2) bleiben außer Acht. Der Erbe kann die Unvollständigkeit wenn er das Inventar selbst errichtet (§ 2002), unmittelbar, wenn er die amtliche Errichtung veranlaßt, mittelbar durch die Art der von ihm erteilten Auskunft (§ 2003 Abs 2), im Falle des § 2004 dadurch, daß er auf ein ihm als ungetreu bekanntes Inventar Bezug nimmt, **herbeiführen.** Mit Strafe bedroht ist aber nur **absichtliches Handeln** oder Unterlassen im Gegensatz zur bloßen Fahrlässigkeit. Gleichgültig ist, welchen Zweck er damit verfolgt, insbesondere ob er damit jemand zu benachteiligen sucht. Die Unvollständigkeit muß ferner eine **erhebliche**, je nach dem Umfange des Nachlasses auch für die Interessen der Gläubiger ins Gewicht fallende sein. Auch dessen muß sich der Erbe bewußt sein.

2. Bezüglich der **Nachlaßverbindlichkeiten** genügt dagegen die bloße Absicht, d. h. die wissentlich falsche Aufnahme einer nicht oder nicht in der angegebenen Höhe bestehenden Schuld nicht. Es muß vielmehr die **Benachteiligungsabsicht** in bezug auf die Nachlaßgläubiger hinzukommen. In der Regel die Absicht, ihnen die Überschuldung des Nachlasses vorzuspiegeln und sie hierdurch zur Ermäßigung ihrer Forderungen zu bewegen (vgl. auch KO § 239 Nr 2). Das Weglassen bestehender Verbindlichkeiten ist unschädlich. Da das Inventar mit der Einreichung errichtet ist (§§ 1993, 2003 Abs 3), so kommt es darauf an, ob die Inventarpflicht in diesem Augenblicke verletzt ist, sei es auch, daß die Frist noch nicht abgelaufen war, oder daß, wie im Falle des § 1993 eine Frist überhaupt nicht läuft. Der Erbe oder in den Fällen der §§ 2008, 2063, 2144, 2383 der ihn vertretende andere kann deshalb zwar bis zur Einreichung, nicht aber bis zum Fristablauf, durch Berichtigung der ungetreuen Angaben die Folgen abwenden (a. M. Staudinger A 4).

3. Er haftet **unbeschränkt** gegenüber allen Nachlaßgläubigern, nicht bloß wie im Falle des § 2006 Abs 3 dem Antragsteller. Ausnahmen §§ 2063 Abs 2, 2144 Abs 3.

4. Die **Verweigerung** braucht nicht absichtlich im Sinne der A 1, 2 geschehen zu sein. Immerhin muß die dem Erben abverlangte Auskunft für die Zwecke der Inventaraufnahme „erforderlich" und daß dem so sei, dem Erben erkennbar gewesen sein. Die Auskunft ist auch dann nicht oder nicht mehr erforderlich, wenn sie der Amtsperson von anderer Seite rechtzeitig erteilt ist. Die **Verzögerung** ist absichtlich, wenn der Wille des Erben gerade hierauf gerichtet war. Dies wird anzunehmen sein, wenn sonstige die Zögerung entschuldigende Umstände nicht ersichtlich sind. Liegt der Tatbestand der Verweigerung oder Verzögerung vor, so kann der Erbe, wenn das Inventar einmal eingereicht ist, die Folgen durch nachträgliche Auskunft ebensowenig abwenden, wie im Falle A 2.

5. So wenn die **Unvollständigkeit** durch unverschuldete Unkenntnis oder durch Fahrlässigkeit des Erben herbeigeführt worden ist. Keine Nachfrist zur Berichtigung der Angaben bezüglich der Nachlaßverbindlichkeiten.

6. **Die neue Inventarfrist** ist im technischen Sinne verstanden (§ 1994 A 2), sie kann deshalb dem Erben nur auf Antrag eines Nachlaßgläubigers, nicht des Erben selbst oder von Amts wegen bestimmt werden (a. M. Staudinger A 3). Die Bestimmung kann auch erstmalig erfolgen, wenn das Inventar freiwillig eingereicht war (§ 1993). Der Antrag ist an keine Frist gebunden und bedarf der Glaubhaftmachung (FGG § 15). Er ist vom Nachlaßgericht abzulehnen, wenn es den Fall des Abs 1 gegeben findet. Gegen die darauf ergehende Entscheidung sofortige Beschwerde nach FGG § 77 Abs 2. Die neue Frist kann auch wiederholt bestimmt werden und unterliegt den allgemeinen Vorschriften der §§ 1994 bis 2000. Die Ergänzung hat in den Formen der §§ 2002—2004 zu geschehen. Selbstverständlich kann der Erbe durch getreue und fristgemäße Vervollständigung die einmal eingebüßte Beschränkbarkeit seiner Haftung nicht zurückgewinnen.

7. **Beweislast.** Daß die Voraussetzungen des § 2005 Abs 1 gegeben sind, ist von dem Gläubiger zu beweisen, der unbeschränkte Haftung des Erben geltend macht. Die Annahme des Nachlaßgerichts, daß Abs 1 nicht vorliege, bindet den Prozeßrichter nicht.

§ 2006

Der Erbe hat auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers[1]) vor dem Nachlaßgerichte[2]) den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen die Nachlaßgegenstände so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei[3]).

Der Erbe kann vor der Leistung des Eides das Inventar vervollständigen[4]).

Verweigert der Erbe die Leistung des Eides, so haftet er dem Gläubiger, der den Antrag gestellt hat, unbeschränkt[5]). Das Gleiche gilt, wenn er weder in dem Termine, noch in einem auf Antrag des Gläubigers bestimmten neuen Termin erscheint, es sei denn, daß ein Grund vorliegt, durch den das Nichterscheinen in diesem Termine genügend entschuldigt wird[6]).

Eine wiederholte Leistung des Eides kann derselbe Gläubiger oder ein anderer Gläubiger nur verlangen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß dem Erben nach der Eidesleistung weitere Nachlaßgegenstände bekannt geworden sind[7]).

E I 2142 II 1880 M 5, 620, 669—672 P 5, 741, 757, 758.

1. Die Eidesabnahme ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FGG §§ 79, 15 Abs 1; ZPO §§ 478—484. Es ist deshalb ausgeschlossen, im Klagewege eine Verurteilung des Erben zur Eidesleistung (ZPO § 889) herbeizuführen (OLG 10, 296). Anders wenn der Erbe auf Grund § 1978 (A 2) zur Leistung des Offenbarungseides aus §§ 259—261 angehalten werden soll. Der formlose Antrag eines wenn auch ausgeschlossenen **Nachlaßgläubigers**, der mit dem Antragsteller in § 1994 nicht identisch zu sein braucht, genügt. Soweit nicht bereits geschehen, hat er seine Gläubigereigenschaft bei Stellung des Antrags glaubhaft zu machen (§ 1994 A 4).

2. **Nachlaßgericht** ist, auch wenn seine Verrichtungen landesgesetzlich einer besondern Behörde übertragen sind, für die Eidesabnahme immer das zuständige Amtsgericht, EG Art 147 Abs 2.

3. Der **Offenbarungseid** bezieht sich nur auf die Nachlaßgegenstände und zwar so, wie sie bei Eintritt des Erbfalls vorhanden waren, nicht auch auf die Nachlaßverbindlichkeiten, die Beschreibung und die Wertsangabe (§ 2001). Im Unterschiede von §§ 260, 261 ist nicht Voraussetzung, daß Verdacht für unsorgfältige Aufstellung des Inventars begründet sei, anderseits ist das Gericht auch nicht zu einer den Umständen entsprechender Änderung der Eidesnorm befugt. Der Erbe hat nur sein bestes Wissen zur Zeit der Eidesleistung zu beschwören, er wird deshalb durch den Eid nicht zu besondern Nachforschungen verpflichtet. Nur der Erbe selbst, im Falle des § 2008 also nur die Frau, nicht auch ihr Mann sind eidespflichtig.

4. Die **Vervollständigung** soll den Erben nur in die Lage bringen, den Eid ohne Gewissensverletzung zu schwören. Die nach § 2005 einmal verlorene beschränkte Haftung erlangt er damit nicht zurück. Die Vervollständigung kann im Eidestermine oder bis zu einem auf Antrag des Erben vertagten Termine erfolgen. Der Gläubiger kann aber hierzu auch neue Inventarfrist bestimmen lassen, § 2005 A 6. Trotz geschehener Eidesleistung ist der Gläubiger nicht an dem Nachweise gehindert, daß das Inventar unvollständig und daß nach § 2005 die unbeschränkte Haftung eingetreten sei. Abweichend von § 463 ZPO ist er im Gebrauch der Beweismittel nicht beengt.

5. Die Eidesleistung kann nur durch die Androhung der **unbeschränkten Haftung**, nicht wie ZPO §§ 901 ff. durch Haft erzwungen werden. Durch Auszahlung des die Eidesleistung betreibenden Gläubigers kann sich der Erbe von der Eidespflicht ganz befreien, da mit der Gläubigereigenschaft auch das Antragsrecht des Abs 1 erlischt. Der betreibende Gläubiger kann als solcher nur mit derjenigen Forderung in Betracht kommen, die er im Offenbarungseidesverfahren geltend macht und nach A 1 glaubhaft gemacht hat. Nur bezüglich dieser Forderung, nicht auch wegen aller sonstigen oder gar erst künftigen Ansprüche des betreibenden Gläubigers tritt die unbeschränkte Haftung ein. Sie wirkt im Gegensatz zu §§ 1994, 2005 nicht allen, sondern dem betreffenden **einzelnen Gläubiger gegenüber.** Auch dem ausgeschlossenen oder dem diesem gleichstehenden Gläubiger kommt dies zu statten (§ 2013 A 3). Hat der Erbe einem Gläubiger gegenüber die Eidesleistung verweigert, so kann er von andern Gläubigern dazu geladen und durch neue Verweigerungen auch diesen unbeschränkt haftbar werden.

6. Darüber ob das **Nichterscheinen** des Erben in dem auf Antrag des Gläubigers bestimmten letzten Termine **genügend entschuldigt** — hierfür ist der Erbe beweispflichtig — und ob damit die unbeschränkte Haftung von ihm abgewendet ist, kann nur in dem Prozesse zwischen Gläubiger und Erben entschieden werden (OLG 4, 118). Dieser Entscheidung wird dadurch nicht vorgegriffen, daß der Nachlaßrichter das Nichterscheinen für entschuldigt angesehen und den Erben in einem dritten oder späteren Termine zum Eide gelassen hat (a. M. Planck A 4, b). Wesentlich ist, daß das Gesetz im zweiten Satze des Abs 3 das bloße Nichterscheinen der Eidesverweigerung gleichstellt, auch eine absichtliche und erhebliche Verzögerung (§ 2005 A 4) nicht fordert und dem Erben nur den Entschuldigungsbeweis nachläßt.

7. **Wiederholte Eidesleistung** entsprechend § 903 ZPO, jedoch ohne Zeitbeschränkung. Daß Grund zu der Annahme bestehe, ist vom Antragsteller glaubhaft zu machen, FGG § 15. Gegen die darauf ergehende ablehnende oder stattgebende Entscheidung Beschwerde des Gläubigers oder des Erben aus § 20 FGG. — Die Kosten der Eidesabnahme treffen immer den Gläubiger, § 261 Abs 3. Einsicht des Eidesprotokolls, FGG § 78. Offenbarungseidespflicht des Erben im Konkurse, KO § 125. Dem Nachlaßverwalter steht das Antragsrecht nicht zu, doch kann er auf Grund von § 1985 (A 2) vom Erben die Leistung des Eides nach § 260 im Klagewege fordern. Während der Dauer der Nachlaßverwaltung kann die Eidesleistung auch nicht von einem Gläubiger verlangt werden (RJA 4, 201).

§ 2007

Ist ein Erbe zu mehreren Erbteilen berufen[1]), so bestimmt sich seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten in Ansehung eines jeden der Erbteile so, wie wenn die Erbteile verschiedenen Erben gehörten[2]). In den Fällen der Anwachsung und des § 1935 gilt dies nur dann, wenn die Erbteile verschieden beschwert sind[3]).

E I 2147 II 1881 M 5, 677, 678 P 5, 747, 805, 806.

1. Der Fall der **Berufung zu mehreren Erbteilen** ist schon in § 1951 behandelt. Es kommt auch hier in Frage mehrfache Berufung durch das Gesetz (§§ 1927, 1934) oder durch Verfügung von Todes wegen (§ 2091) oder durch beide zugleich (§ 2088). Dagegen macht § 2007 keinen Unterschied, ob die Berufung auf demselben Grunde oder auf verschiedenen Gründen beruht (§ 1951 A 2).

2. Satz 1 stellt für die Fälle der mehrfachen Berufung den nur in den Fällen des Satz 2 wieder eingeschränkten allgemeinen Grundsatz auf, daß der Erbe **mit jedem der mehreren Erbteile besonders** für die Nachlaßverbindlichkeiten **hafte.** Der Grundsatz ist zwar seiner Fassung nach nicht auf das Gebiet des Inventarrechts beschränkt, er kann aber nur praktisch werden, wenn der Erbe infolge Versäumung der Inventarfrist (§ 1994) oder ungetreuer Inventarerrichtung (§ 2005) in Ansehung des einen Erbteils bereits unbeschränkt haftet, während ihm in Ansehung des andern die Geltendmachung der beschränkten Haftung noch offen steht. Dies ist nur denkbar, wenn ihm der andere Erbteil erst anfällt, nachdem er mit dem ersten Erbteil schon unbeschränkt haftbar geworden ist. Da es hier auf die Identität des Berufungsgrundes nicht ankommt, so wird z. B. auch der Fall getroffen, daß der Erbe in demselben Testament zu 1/2 oder 1/4 als nächster, zu 1/2 oder 1/4 als Ersatzerbe oder bedingter Erbe berufen ist, oder daß der einem Miterben angefallene Erbteil demnächst durch Erbgang auf ihn übergeht. Auch wenn die Annahme des ersten Erbteils den zweiten schon mitergriffen hatte (§ 1951 A 5) kann er jetzt noch Nachlaßverwaltung beantragen, vom Aufgebot und den Einreden der §§ 1990—1992 Gebrauch machen, auch jetzt noch kann ihm (bezüglich der ganzen Erbschaft) **Inventarfrist bestimmt werden. Als Miterbe kann er auch**

jetzt noch die Gläubiger mit dem seinem später angefallenen Erbteil entsprechenden Teil der Verbindlichkeit an den Nachlaß (§ 2059 Abs 1) oder nach vollzogener Teilung mit diesem Betrage auf den Wert des späteren Erbteils verweisen (§ 2060 A 1).

3. In den echten Fällen der Berufung zu mehreren Erbteilen (A 1) gilt der Grundsatz A 2 gegenüber allen Nachlaßgläubigern, also auch den Vermächtnisnehmern und Auflageberechtigten, ohne Unterschied, ob die mehreren Erbteile verschieden beschwert sind. Insbesondere also auch dann, wenn die Bedachten nur auf den späteren in Ansehung der Haftung noch beschränkbaren Anteil gewiesen sind. Der Grundsatz der Beschränkbarkeit der Haftung auf den späteren Erbteil ist aber ausgedehnt auf zwei unechte Fälle mehrfacher Berufung: **Erhöhung des gesetzlichen Erbteils** infolge Wegfalls eines gesetzlichen Erben (§ 1935) und **Anwachsung** (§§ 2094, 2095). In diesen beiden Fällen „gilt" der neuanfallende Erbteil in Ansehung der darauf gelegten Vermächtnisse und Auflagen (Ausgleichungspflichten kommen, weil nicht zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehörig, hier nicht in Betracht) gleichfalls als „besonderer Erbteil". Der obige Grundsatz ist aber zugleich wieder eingeschränkt („gilt nur dann") in doppelter Beziehung: er bezieht sich erstens nur auf Vermächtnisnehmer und Auflageberechtigte, nicht schlechthin auf alle Nachlaßgläubiger. Denn nur in bezug auf jene Gruppe von Gläubigern fingiert das Gesetz (§§ 1935, 2095), daß mehrere besondere Erbteile mit der Möglichkeit verschiedenartiger Regelung der Haftung gegeben sind. Der Grundsatz ist zweitens beschränkt dadurch, daß die mehreren Erbteile: der ursprüngliche und der durch Anwachsung hinzugekommene Erbteil **verschieden beschwert** sein müssen. Nur in diesen beiden Fällen kommt die Regel des Satz 1 voll zur Anwendung. Handelt es sich dagegen um andere Nachlaßgläubiger als Vermächtnisnehmer und Auflageberechtigte, oder sind die mehreren als besondere geltenden Erbteile gleichmäßig mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, so kann der Erbe die in Ansehung des ursprünglichen Erbteils verlorene Beschränkbarkeit der Haftung auch für den durch Erhöhung oder Anwachsung hinzukommenden Erbteil nicht zurückgewinnen.

§ 2008

Ist eine Ehefrau die Erbin[1]) und gehört die Erbschaft zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute[2]), so ist die Bestimmung der Inventarfrist nur wirksam, wenn sie auch dem Manne gegenüber erfolgt[3]). Solange nicht die Frist dem Manne gegenüber verstrichen ist, endigt sie auch nicht der Frau gegenüber[4]). Die Errichtung des Inventars durch den Mann kommt der Frau zu statten[5]).

Gehört die Erbschaft zum Gesamtgute, so gelten diese Vorschriften auch nach der Beendigung der Gütergemeinschaft[6]).

E I 2148 Nr. 2, 4, 2149 II 1882 M 5, 679—681 P 5, 747, 806, 807.

1. Das eheliche Verhältnis bleibt für das **Inventarrecht der Frau** ganz außer Betracht, wenn sie in Gütertrennung lebt (§§ 1426—1431, 1436) oder wenn die ihr angefallene Erbschaft zum Vorbehaltsgute gehört (§§ 1365 ff., 1369, 1413, 1440, 1461, 1486, 1526, 1549).

2. **Gehört die Erbschaft zum eingebrachten Gute** (§§ 1363 ff., 1521, 1553 Nr 2) oder **zum Gesamtgute** (§§ 1438 ff., 1549 ff.), so läuft der Mann Gefahr, durch das Inventarrecht in seinen Rechten am Frauengut beeinträchtigt oder mit dem eigenen Vermögen für die Nachlaßverbindlichkeiten haftbar gemacht zu werden. Das Gesetz beteiligt ihn deshalb an der Inventarerrichtung. Im übrigen bedarf die Frau bei keinem der güterrechtlichen Systeme hierzu der Zustimmung des Mannes (§§ 1453 Abs 2, 1519 Abs 2, 1549). Umgekehrt kann sich der Mann kraft seines Verwaltungsrechtes selbständig aller Mittel zur Beschränkung der Haftung auf die Erbschaft der Frau bedienen (Vorbem vor § 1967, § 1406 A 2).

3. Die **Inventarfrist** (§§ 1994—1996) ist regelmäßig **für beide Ehegatten** gleichmäßig zu bemessen. Der Beschluß ist von Amts wegen auch dem Manne zuzustellen (§ 1995 A 2), wenn die Voraussetzungen — Zugehörigkeit der Erbschaft zum eingebrachten oder zum Gesamtgute — im Zeitpunkte der Fristbestimmung gegeben sind. Treten sie (durch die Eheschließung oder Ehevertrag) erst ein, nachdem der Frau allein die Frist bestimmt war, so verliert die (nicht bereits abgelaufene) Frist ihre Wirkung (a. M. Neumann A 1; Fischer-Henle A 2). Fallen die Voraussetzungen erst weg, nachdem beiden Ehegatten die Frist bestimmt war, z. B. durch Ehevertrag, so behält die Fristbestimmung jedenfalls der Frau gegenüber ihre Wirkung. War dagegen der Vorschrift des Satz 1 zuwider nur der Frau die Frist bestimmt worden, so wird die Bestimmung auch dadurch nicht wirksam, daß der dort vorausgesetzte Güterstand vor Ablauf der Frist weggefallen ist.

4. Die dem Manne laufende längere oder gemäß §§ 1995—1998 verlängerte Frist wirkt auch **der Frau gegenüber** als Fristverlängerung, nicht aber umgekehrt. Doch kann, solange die Frist noch der Frau läuft, sowohl die Frau selbst als für sie der Mann (A 5) das Inventar noch wirksam errichten. Ist einmal der Frau das Recht der beschränkten Haftung gewahrt, so kann es im Prozesse vom Mann auch selbständig geltend gemacht werden. Keinesfalls braucht der Mann, auch wenn die Frau unbeschränkt haftet, die Zwangsvollstreckung in die eingebrachte Erbschaft zu dulden, solange er nicht nach ZPO § 739 hierzu verurteilt ist.

5. Ebenso unter Miterben § 2063, beim Inventar des Vorerben § 2144 und beim Erbschaftskaufe § 2383. Daß sich die Frau auf das vom Mann errichtete Inventar berufe, ist nicht erforderlich. Auch das freiwillige (§ 1993) **Inventar des Mannes kommt der Frau zustatten** und verhindert, daß ihr aus § 1994 Frist bestimmt werden kann. — Jeder Ehegatte kann selbständig Inventar errichten und sich dabei des ungetreuen Inventars im Sinne von § 2005 schuldig machen. In diesem Falle, oder wenn nur die Frau sich verfehlt, der Mann aber gar nichts getan hat, haftet die erbende Frau unbeschränkt. Dagegen heilt das rechtzeitige getreue Inventar des Mannes alle von der Frau etwa begangenen Verstöße. Dies gilt auch dann, wenn der Mann vor Fristablauf gutgläubig auf das ungetreue oder auf ein berichtigtes Inventar der Frau bezugnimmt (§ 2004) oder selbst ihr Inventar berichtigt oder vervollständigt. Umgekehrt ist das ungetreue Inventar des Mannes nur dann der Frau nachteilig, wenn sie es gekannt und gutgeheißen hat. Nur dann hat sie „absichtlich" gehandelt (§ 2005). Oder wenn sie auch ihrerseits die Auskunft verweigert oder verzögert hat. Selbst in diesem Falle kann sie die Folgen dadurch abwenden, daß sie vor Fristablauf noch von dem Rechte der eigenen Inventarerrichtung Gebrauch macht. — Zur Leistung des Offenbarungseides ist nach § 2006 nur der Erbe, d. h. die Frau verpflichtet. Sie kann hierin mangels positiver Vorschrift (so § 2383, der die Inventarpflicht geradezu dem Käufer auferlegt) vom Mann ebensowenig vertreten werden, wie ein Miterbe (trotz § 2063) den andern vertreten kann. Dies muß auch dann gelten, wenn das Inventar vom Manne, aber doch nur für die Frau errichtet ist (so auch Dernburg V § 174 A 4; a. M. Planck A 4, c; Staudinger A 3, a).

6. **Beendigung der Gütergemeinschaft** durch Aufhebung §§ 1468 ff., Auflösung der Ehe § 1482; Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft §§ 1492 ff., 1542 ff., 1549. Die Vorschriften des Abs 1 gelten auch während der Auseinandersetzung und darüber hinaus solange Nachlaßverbindlichkeiten noch als Verbindlichkeiten des Gesamtgutes geltend gemacht werden können (§§ 1459 ff., 1549). Ist die Ehe durch den Tod gelöst, so treten an Stelle des Mannes seine Erben, im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft §§ 1483 ff. kommen die Abkömmlinge nach § 1489 Abs 3, nicht wie sonst nach § 1487 in Frage.

§ 2009

Ist das Inventar rechtzeitig errichtet worden[1]), so wird im Verhältnisse zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern vermutet[2]), daß zur Zeit des Erbfalls weitere Nachlaßgegenstände als die angegebenen nicht vorhanden gewesen seien[3]).

E II 1883 P 5, 741, 757.

1. Das **Inventar** muß, um den Namen zu verdienen, die in § 2001 geforderten Angaben enthalten und jedenfalls in den Formen der §§ 2002, 2003 errichtet sein. Inwieweit über einzelne Mängel hinweggesehen werden könne, ist nach Lage des Falles zu beurteilen. Es ist **rechtzeitig errichtet,** wenn es vor Ablauf der in §§ 1994—1998 geordneten Fristen eingereicht ist. Das freiwillig, auch nochsolange nach dem Erbfall errichtete Inventar (§ 1993) kann nie verspätet sein.

2. Die durch Gegenbeweis (ZPO § 292) zu entkräftende **Vermutung** gilt nur **im Verhältnis zu den Nachlaßgläubigern** (§ 1967), also nicht im Verhältnis zu Miterben (soweit sie nicht zugleich als Nachlaßgläubiger auftreten), zwischen Erben und Erbschaftsbesitzer (§ 2027), Vor- und Nacherben (§ 2127), Erbschaftskäufer und Verkäufer (§ 2374). Auch nicht im Verhältnis zu den persönlichen Gläubigern des Erben, soweit sie aus dem Nachlaß Befriedigung suchen (ZPO § 778). Das Inventar bildet die geeignetste Grundlage für die Rechenschaftspflicht des Erben (§ 1978 A 2) und für Begrenzung seiner Herausgabeverpflichtung aus §§ 1973, 1974, 1990, 1992. Durch Verweigerung des Offenbarungseides (§ 2006 A 5) wird die Vermutung gegenüber andern Gläubigern nicht entkräftet, wie umgekehrt auch die Eidesleistung den Gegenbeweis nicht ausschließt.

3. Die Vermutung erstreckt sich nur darauf, daß **weitere Nachlaßgegenstände als die angegebenen** zur Zeit des Erbfalles **nicht vorhanden** gewesen sind. Sie bezieht sich nicht auf die Nachlaßverbindlichkeiten und die Wertangaben (§ 2001), auch nicht darauf, daß die angegebenen Aktiven wirklich zum Nachlaß gehören.

§ 2010

Das Nachlaßgericht hat die Einsicht des Inventars jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht[1]).

E I 2107 II 1884 M 5, 621 P 5, 756.

1. Das **rechtliche Interesse** im Gegensatz zu dem rein wirtschaftlichen ist bei Nachlaßgläubigern, Miterben, Nach- und Ersatzerben, Nachlaßverwaltern und Testamentsvollstreckern stets gegeben. Das Interesse ist glaubhaft zu machen (FGG § 15). Erteilung von Abschriften FGG § 34, Beschwerde nach FGG § 19. War das Inventar versiegelt eingereicht, so ist es nunmehr zu eröffnen. — Ähnlich §§ 1342, 1953, 1957, 2081, 2146, 2228, 2384.

§ 2011

Dem Fiskus als gesetzlichem Erben kann eine Inventarfrist nicht bestimmt werden[1]). Der Fiskus ist den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen[2]).

E I 1974 Abs 3, 4 II 1885 M 5, 380, 381 P 5, 488—490.

1. Gesetzliches Erbrecht des **Fiskus** § 1936, Feststellung §§ 1964—1966. Er kann die beschränkte Haftung auf dem Wege der §§ 1994, 2005, 2006 nicht einbüßen, muß sich aber, wenn er sie geltend machen will, hierzu derselben Rechtsbehelfe wie andere Erben bedienen (Vorbem 2 vor § 1967). Doch bedarf er nicht des Vorbehalts im Urteile (ZPO § 780 Abs 2). Von der Notwendigkeit, gegen die Zwangsvollstreckung Einwendungen zu erheben, (ZPO § 781) kann er durch Landesgesetz befreit werden (EGzZPO § 15 Nr 3).

2. Die **Auskunft** kann erst nach geschehener Feststellung (§ 1966) verlangt werden. Sie begreift nach § 260 die Verpflichtung zur Vorlegung eines Verzeichnisses in sich und es ist wenigstens denkbar, daß ein Vertreter des Fiskus nach § 261 zum Offenbarungseide angehalten werde. Abweichend von § 2009 betrifft die Auskunft den gegenwärtigen Nachlaßbestand. Rechenschaftspflicht nach § 1978 A 2 kann daneben begründet sein. — Die nach EG Art 138 an Stelle des Fiskus tretenden Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes genießen dieselben Vorrechte. Dagegen regelt sich das Erbrecht des Fiskus aus EG Art 139 oder kraft einer Verfügung von Todes wegen nach den allgemeinen Bestimmungen.

§ 2012

Einem nach den §§ 1960, 1961 bestellten Nachlaßpfleger kann eine Inventarfrist nicht bestimmt werden[1]). Der Nachlaßpfleger ist den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen[2]). Der Nachlaßpfleger kann nicht auf die Beschränkung der Haftung des Erben verzichten[3]).

Diese Vorschriften gelten auch für den Nachlaßverwalter[4]).

E I 2063, 2065 Abs 2 II 1866 M 5, 550—552 P 5, 667—669.

1. Es ist nicht ausgeschlossen, auch während des Bestehens der **Nachlaßpflegschaft** dem Erben die Inventarfrist zu bestimmen. Doch beginnt sie erst mit der Annahme der Erbschaft zu laufen (§ 1995 Abs 2). Die Annahme führt aber zugleich zur Aufhebung der Pflegschaft, § 1960 A 5. Damit steht im Zusammenhange, daß es gegenüber dem Nachlaßverwalter (A 4) und einem andern Nachlaßpfleger eines Vorbehalts im Urteile nicht bedarf, ZPO § 780.

2. Die **Auskunftspflicht** begreift nach Befinden (§ 260) auch die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides in sich, jedoch ohne die Verweigerungsfolgen aus § 2006. Der Pfleger macht sich durch Verletzung der ihm für seine Person auferlegten Auskunftspflicht den Nachlaßgläubigern auch persönlich haftbar (Prot 5, 669; a. M. Staudinger A 2). Gegenüber dem Nachlaßgericht ist er durch §§ 1802, 1915 zur Aufstellung eines Verzeichnisses verpflichtet (§ 1985 A 1).

3. Die Möglichkeit des **Verzichts auf die Beschränkung der Haftung** ist hier nur negativ erwähnt, im übrigen ist vom Gesetz als selbstverständlich angenommen, daß der Erbe der beschränkten Haftung auch durch Verzicht verlustig geht.

4. Während der Dauer der **Nachlaßverwaltung** und des Nachlaßkonkurses besteht auch keine Inventarpflicht des Erben, § 2000.

§ 2013

Haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt[1]), so finden die Vorschriften der §§ 1973 bis 1975, 1977 bis 1980, 1989 bis 1992

keine Anwendung; der Erbe ist nicht berechtigt, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung zu beantragen[2]). Auf eine nach § 1973 oder nach § 1974 eingetretene Beschränkung der Haftung kann sich der Erbe jedoch berufen, wenn später der Fall des § 1994 Abs. 1 Satz 2 oder des § 2005 Abs. 1 eintritt[3]).

Die Vorschriften der §§ 1977 bis 1980 und das Recht des Erben, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung zu beantragen, werden nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Erbe einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet[4]) [5]).

E I 2110 Abs 2, 2125 Satz 3 II 1868 Abs 2, 1887 M 5, 625, 648, P 5, 765, 778 KB 384.

1. Die **unbeschränkte Haftung** gegenüber allen (Abs 2 gegenüber einzelnen) Nachlaßgläubigern tritt ein bei Versäumung der Inventarfrist (§ 1994) und ungetreuer Inventarerrichtung im Sinne von § 2005. Ihre Folgen sind bei den angezogenen Gesetzesstellen bereits mit erörtert. Der Erbe verliert überdies die aufschiebenden Einreden (§ 2016) und das Recht, die Zwangsversteigerung eines Nachlaßgrundstücks zu beantragen (ZVG § 175 Abs 2).

2. Es betreffen a) §§ **1973, 1974** das Aufgebot der Nachlaßgläubiger. Es kann von dem bereits unbeschränkt haftenden Erben überhaupt nicht oder doch nur als Miterben beantragt werden (ZPO §§ 991 Abs 1, 997 Abs 2). b) §§ **1975, 1977—1980, 1989** die Nachlaßverwaltung und den Nachlaßkonkurs. Auch der unbeschränkt haftende Erbe darf nach KO §§ 216 Abs 1, 217 die Konkurseröffnung, nicht aber die Anordnung der Nachlaßverwaltung beantragen. Nachlaßkonkurs und (die auf Antrag eines Gläubigers nach § 1981 Abs 2 angeordnete) Nachlaßverwaltung hindern den Nachlaßgläubiger jetzt nicht mehr am Zugriff auf das eigene Vermögen des Erben. § 1984 Abs 1 Satz 3 und ZPO § 784 Abs 1 sind nicht anwendbar. Wohl aber können Verwalter und Konkursverwalter die Privatgläubiger auch des unbeschränkt haftenden Erben vom Nachlaß abwehren (ZPO § 784 Abs 2, KO § 221). Zusammentreffen des Konkurses über den Nachlaß und über das Vermögen des Erben KO § 234. Die Wirkung der Konfusion und Konsolidation (§ 1976) bleibt auch bei unbeschränkter Haftung des Erben aufgehoben, hindert ihn mithin nicht, eigene Forderungen gegen den Nachlaß geltend zu machen (s. auch KO § 225 Abs 3). Beseitigt sind die besonderen Aufrechnungsvorschriften des § 1977, gegenstandslos die besondere Verantwortlichkeit und die Ersatzansprüche des Erben aus §§ 1978—1980. c) §§ **1990—1992** die Unzulänglichkeitseinrede. Der Erbe ist jedoch dadurch, daß er unbeschränkt haftet, nicht gehindert, die Entstehung des Pflichtteilsrechtes oder die Wirksamkeit des Vermächtnisses und der Auflage um deswillen zu bestreiten, weil der Nachlaß bereits zur Zeit des Erbfalls überschuldet gewesen sei.

3. Die Rechte, die der Erbe gegenüber den ausgeschlossenen und den ihnen gleichstehenden Gläubigern aus §§ **1973, 1974** einmal erworben hat, gehen ihm auch nicht durch spätere Versäumung der Inventarfrist (§ 1994 Abs 1 Satz 2) oder spätere ungetreue Inventarerrichtung (§ 2005 Abs 1) verloren. Aber auch in diesem Falle kann der Erbe dem einzelnen ausgeschlossenen Gläubiger dadurch unbeschränkt haftbar werden, daß er ihm gegenüber den Offenbarungseid verweigert (§ 2006 A 5).

4. Hat der Erbe durch Verweigerung des Offenbarungseides (§ 2006 Abs 3), durch Verzicht (§ 2012 A 3) oder dadurch, daß er ohne den Vorbehalt aus ZPO § 780 Abs 1 verurteilt ist, einem **einzelnen Nachlaßgläubiger** gegenüber die Möglichkeit, seine Haftung zu beschränken eingebüßt, so stehen ihm doch allen andern Gläubigern gegenüber die A 2, a—c erwähnten Rechtsbehelfe unverkürzt zur Seite. Die (an sich überflüssige) Hervorhebung der §§ 1977—1980 bedeutet nur, daß im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern bestehen bleiben die Beschränkungen der Aufrechnung, ferner die Verantwortlichkeit des Erben, insbesondere seine Verpflichtung, gegebenenfalls Nachlaßkonkurs zu beantragen, anderseits aber auch das Recht, Ersatz seiner Aufwendungen zu fordern. Im Verhältnis zu dem einzelnen Gläubiger, dem der Erbe unbeschränkt haftbar geworden ist, sind auch die §§ 1977—1980 gegenstandslos. Ihm gegenüber darf der Erbe auch keinen Vorbehalt im Urteile (ZPO § 780) mehr verlangen. Und wenn er ihn erlangt hätte, so erwachsen ihm doch hieraus keine Rechte.

5. Bezüglich der **Beweislast** ist es im allgemeinen Sache des Erben, im Wege der Einrede, sei es sogleich im Prozesse, — wenn und soweit er Klagabweisung erreichen will — oder auch gemäß ZPO § 785 im Zwangsvollstreckungsverfahren, seine beschränkte Haftung und deren Tragweite geltend zu machen und zu beweisen. Im einzelnen vgl. §§ 1973 A 11, 1974 A 9, 1979 A 3, 1980 A 8, 1990 A 7, 1991 A 5, 2005 A 7, 2006 A 6.

V. Aufschiebende Einreden

Die aufschiebenden Einreden, inhaltlich durch ZPO §§ 305 Abs 1, 782, 783 stark beschränkt, sollen dem Erben und ebenso dem Nachlaßpfleger, Verwalter und Testamentsvollstrecker ermöglichen, sich, ohne von den Nachlaßgläubigern allzu empfindlich gestört zu werden, über den Bestand des Nachlasses zu vergewissern, um danach von dem Rechte der beschränkten Haftung wirksam Gebrauch machen zu können. Dem bereits unbeschränkt haftenden Erben sind sie deshalb ganz versagt (§ 2016).

§ 2014

Der Erbe ist berechtigt[1]), die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zum Ablaufe der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft[2]), jedoch nicht über die Errichtung des Inventars hinaus[3]) zu verweigern[4]) [5]).

E I 2057 Abs 1, 2143 Abs 1, 2 II 1888 M 5, 539, 540, 672, 673 P 5, 660—664, 784—791, 805.

1. Die Einrede steht zu dem **Erben,** wenn er nicht unbeschränkt haftet (§ 2016 Abs 1). Ebenso dem verwaltenden Testamentsvollstrecker (§ 2213 A 2, ZPO § 748), dem Nachlaßpfleger (§ 2017) und dem Nachlaßverwalter. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Anspruch bereits gegen den Erblasser erhoben war oder ob von vornherein nur der Erbe verklagt ist. Im Nachlaßkonkurse bedarf es nach KO § 221 der Einrede nicht, Erstreckung der Frist im Falle des § 782 Satz 2 ZPO. Die Berechtigung des Erben kann sich vermöge seiner Verantwortlichkeit aus § 1978 in die Verpflichtung umwandeln, von der Einrede wirklich Gebrauch zu machen. Der nach ZPO §§ 739, 740 verklagte Ehemann der Erbin kann sich selbständig der Einreden bedienen. Wegen der fortgesetzten Gütergemeinschaft vgl. ZPO § 305 Abs 2.

2. Berechnung der **Dreimonatsfrist** §§ 187, 188 Abs 2. Verlängerung im Falle des Aufgebots § 2015. Bis zur **Annahme** der Erbschaft (§ 1943) ist der Erbe durch § 1958 gegen jede gerichtliche Geltendmachung eines Nachlaßanspruchs, durch ZPO § 778 gegen die Zwangsvollstreckung in andere als Nachlaßgegenstände geschützt.

3. Die Schutzfrist endet jedenfalls mit **Einreichung des Inventars,** als dem maßgebenden Zeitpunkt der Errichtung, gleichviel ob es hierzu freiwillig oder infolge Bestimmung der Inventarfrist gekommen ist, §§ 1993, 1994.

4. Der Inhalt des **Verweigerungsrechts** schrumpft durch die prozessualen Vorschriften der §§ 305, 782, 783 ZPO soweit zusammen, daß von einer „aufschiebenden Einrede" im Sinne des materiellen Rechts überhaupt nichts übrig bleibt. Der Erbe kann seine Verurteilung nicht abwenden, auch nicht erreichen, daß er nur zu einer künftigen Leistung (etwa entsprechend ZPO § 259) angehalten werde. Ebensowenig kann er die Zwangsvollstreckung, sei es in den Nachlaß, sei es in das eigene Vermögen, verhindern. Nur die letzten, unmittelbar der Gläubigerbefriedigung dienenden Maßnahmen: Versteigerung, Aushändigung, Überweisung gepfändeter Forderungen und dergl. kann er nach §§ 782, 783, 930—932 ZPO hinausschieben. Ist die Einredefrist abgelaufen, so nehmen die unterbrochenen Zwangsvollstreckungsmaßregeln (wenn nicht inzwischen Nachlaßkonkurs eröffnet ist) und vorbehaltlich der Einreden aus §§ 1990 bis 1992 ohne weiteres ihren Fortgang. Der materielle Umfang der Leistung wird mithin von der Einrede überhaupt nicht betroffen. Dies zeigt sich am klarsten, wenn der rechtskräftige Schuldtitel bereits gegen den Erblasser und zwar auch auf Zinsen usw. ergangen war, vielleicht schon zur Zwangsvollstreckung geführt hatte (ZPO § 779). Anderseits ist der Gläubiger nicht wie gegenüber der Stundungseinrede durch Hemmung der Verjährung geschützt (§ 202) und abgesehen von den Sonderfällen des § 1977 nicht gehindert, sich trotz der Einrede, die eben nicht Einrede im Sinne von § 390 ist, wegen des vollen Betrags seiner Forderung durch Aufrechnung mit seiner Schuld an den Nachlaß zu befriedigen. Unter diesen Umständen kann dem Gesetze nicht entnommen werden, daß der Erbe durch Geltendmachung der aufschiebenden Einrede und für die Dauer ihrer Wirksamkeit die Verzugsfolgen abwende. § 285 steht dem Erben nicht zur Seite, weil er von der Vertretung einer Rechtslage nicht befreit ist, die er (durch Geltendmachung der Einrede) selbst geschaffen hat. Nicht einmal Überschuldung des Nachlasses hebt die Verzugsfolgen auf. Umsoweniger kann diese Wirkung mit einer Maßnahme verbunden sein, die nur eine ungestörte Ermittelung des Nachlaßbestandes sichern will. So jetzt die herrschende Meinung gegen Plank vor § 2014, Dernburg § 168, VI und OLG 18, 318. — Die aufschiebende Einrede ist der Natur der Sache nach ausgeschlossen gegenüber den besonderen Unterhaltsansprüchen der Mutter des Erben und der auf den Dreißigsten berechtigten Angehörigen (§§ 1963 A 5, 1969 A 1). Sie geht verloren, wenn der Erbe nicht den Vorbehalt des § 780 ZPO im Urteil erwirkt und damit unbeschränkt haftbar wird. Dagegen bedarf es des Vorbehalts nicht, wenn die Vollstreckung aus einem bereits gegen den Erblasser erlangten Schuldtitel gegen den Erben begonnen oder fortgesetzt wird (ZPO § 779).

5. **Beweislast.** Die Behauptung, daß er erst später als 6 Wochen nach dem Erbfall angenommen habe und daß ihm deshalb die Einredefrist noch laufe, ist vom Erben, die Replik, daß er schon vor Ablauf der Ausschlagungsfrist angenommen oder vor Ablauf der Dreimonatsfrist Inventar errichtet habe oder daß er unbeschränkt hafte, ist vom Gläubiger zu beweisen (§ 1944 A 8).

§ 2015

Hat der Erbe den Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft gestellt und ist der Antrag zugelassen, so ist der Erbe berechtigt, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens zu verweigern[1]).

Der Beendigung des Aufgebotsverfahrens steht es gleich, wenn der Erbe in dem Aufgebotstermine nicht erschienen ist und nicht binnen zwei Wochen die Bestimmung eines neuen Termins beantragt oder wenn er auch in dem neuen Termine nicht erscheint[2]).

Wird das Ausschlußurteil erlassen oder der Antrag auf Erlassung des Urteils zurückgewiesen, so ist das Verfahren nicht vor dem Ablauf einer mit der Verkündung der Entscheidung beginnenden Frist von zwei Wochen und nicht vor der Erledigung einer rechtzeitig eingelegten Beschwerde als beendigt anzusehen[3]) [4]).

E I 2130 Abs 1, 2131, 2132 II 1889 M 5, 653, 654 P 5, 744, 784—787.

1. Die Dreimonatsfrist des § 2014 verlängert sich, wenn das **Aufgebotsverfahren** (§§ 1947—1977) stattgefunden hat, bis zu dessen Beendigung. Um Verschleppungen zu verhüten ist der zeitlich an sich unbegrenzte Antrag des § 947 ZPO an eine **Jahresfrist** gebunden. Durch Stellung des Antrags wahrt der Miterbe die Frist auch für die andern Erben (ZPO § 997), der Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker (§ 1970 A 2) auch für die andern Beteiligten. Um von der Einrede Gebrauch machen zu können, muß der Antrag nicht bloß gestellt, sondern auch eventuell im Wege der Beschwerde nach ZPO § 567 zugelassen, d h. der Erlaß des Aufgebots muß angeordnet sein (ZPO § 947).

2. Das Aufgebotsverfahren endet normaler Weise mit Erlaß des (unanfechtbaren) Ausschlußurteils (ZPO §§ 952, 957 Abs 1), oder mit Rechtskraft des den Antrag zurückweisenden Beschlusses (§ 952 Abs 4). Für den Fall der **Terminsversäumung** ändert Abs 2 den § 954 ZPO dahin ab, daß die dort bestimmte sechsmonatige Ausschlußfrist für den Erben, der sich die Einrede sichern will, auf zwei Wochen herabgesetzt und die zweite Versäumnis mit dem Verlust der Einrede bedroht ist. Die Säumnis ist jedoch unschädlich, wenn der Antrag auf Erlaß des Ausschlußurteils bereits vor dem Aufgebotstermine gemäß ZPO § 952 Abs 2 gestellt war.

3. Abs 3 zieht in Betracht, daß der Beschluß auf Zurückweisung des Urteils immer, das Urteil selbst, wenigstens soweit ihm Beschränkungen und Vorbehalte beigefügt sind, mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind (ZPO § 952 Abs 4) und rückt dementsprechend die Beendigung des Verfahrens hinaus.

4. Die **Wirkung der Einrede** ist dieselbe wie im Falle des § 2014 A 4. Ist das Ausschlußurteil erlassen, so steht dem Erben nunmehr die Beschränkungseinrede aus § 1973 zu. Durch Inventarerrichtung geht, abweichend von § 2014, die Einrede nicht verloren.

§ 2016

Die Vorschriften der §§ 2014, 2015 finden keine Anwendung, wenn der Erbe unbeschränkt haftet[1]).

Das Gleiche gilt, soweit ein Gläubiger nach § 1971 von dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger nicht betroffen wird[2]), mit der Maßgabe, daß ein erst nach dem Eintritte des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erlangtes Recht sowie eine erst nach diesem Zeitpunkt im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung außer Betracht bleibt[3]).

E I 2130 Abs 1, 2143 Abs 3 II 1890 M 5, 653, 673 P 5, 784—787.

1. **Unbeschränkte Haftung** § 2013 A 1. Ist sie nur einzelnen Gläubigern gegenüber eingetreten, so gehen dem Erben die Einreden gegenüber den übrigen Gläubigern nicht verloren.

2. Pfandgläubiger und andere **dinglich berechtigte Nachlaßgläubiger** sind in der Rechtsverfolgung gegen den Erben ebensowenig durch die Einrede der beschränkten Haftung aus § 1971 wie durch die aufschiebenden Einreden beschränkt, soweit sie sich auf den dinglichen Anspruch beschränken.

3. Entsprechend § 1990 Abs 2 und KO § 221. Die durch **Zwangsvollstreckung** usw. erlangten dinglichen Rechte kommen als solche der aufschiebenden Einrede gegenüber nicht in Betracht.

§ 2017

Wird vor der Annahme der Erbschaft zur Verwaltung des Nachlasses ein Nachlaßpfleger bestellt[1]), so beginnen die im § 2014 und im § 2015 Abs. 1 bestimmten Fristen mit der Bestellung[2]).

E I 2143 Abs 2 II 1891 M 5, 673 P 5, 785, 786, 829—831; 6, 340.

1. Das Gesetz bezieht sich zunächst auf den eigentlichen **Nachlaßpfleger** nach §§ 1960 Abs 2, 1961, trifft aber auch den Nachlaßverwalter, wenn er ausnahmsweise vor Annahme der Erbschaft bestellt ist (§ 1981 A 1/2). Der Pfleger kann im Gegensatze zum Erben (§ 1958) die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs nicht abwehren, soll den Erben gerade im Prozesse vertreten, aber darf und soll sich auch in seinem Interesse in der Regel der aufschiebenden Einreden bedienen.

2. Begännen die Fristen nach der Regel der §§ 2014, 2015 erst mit der Annahme, so würden sie mit demselben Zeitpunkt zu laufen anfangen, der zugleich das Amt des Pflegers beendigt. Der **Fristbeginn** ist deshalb auf die **Zeit der Bestellung** gelegt. Und zwar mit Wirkung auch dem Vertretenen, dem Erben gegenüber. Nimmt der Erbe demnächst an, so hat er sich die dem Pfleger bereits abgelaufene Frist mit anrechnen zu lassen. Wird die Nachlaßpflegschaft erst nach der Annahme, insbesondere also als **Nachlaßverwaltung** angeordnet (§ 1975), so laufen dem Verwalter, wie dem Testamentsvollstrecker und dem Erben die gleichen mit der Annahme beginnenden Fristen. Da Pfleger, Verwalter und Vollstrecker selbständig das Aufgebot der Gläubiger beantragen dürfen, selbst wenn der Erbe unbeschränkt haften sollte (§ 1970 A 2), so muß ihnen auch die Geltendmachung der Einrede aus § 2015 selbständig zustehen. Sie bedürfen zu diesem Zwecke nicht des nach § 305 ZPO sonst erforderlichen Vorbehalts im Urteile, ZPO § 780 Abs 2.

Dritter Titel

Erbschaftsanspruch

Der Erbschaftsanspruch dient dem Erben als Mittel, mit einem Rechtsakt die Gesamtheit der in der Erbschaft inbegriffenen Rechte gegenüber dem „Erbschaftsbesitzer", der auf Grund vermeintlichen Erbrechts in die Erbschaft eingegriffen hat, zur Geltung zu bringen (§ 2018). Er steht nicht zu gegen den Besitzer, der nur pro possessore possidet. Für ihn entsteht nur eine Auskunftspflicht (§ 2027 Abs 2). Dem dinglichen Zwecke des Erbschaftsanspruchs dient der Grundsatz der Surrogation (§ 2019). Der Inhalt des Herausgabeanspruchs ist im einzelnen nach der persönlichen (Bereicherung § 2021) wie nach der sachenrechtlichen Seite geordnet (Nutzungen § 2020, gesteigerte Haftung nach Eintritt der Rechtshängigkeit § 2023, im Mangel des guten Glaubens § 2024 und für den Fall strafbarer oder eigenmächtiger Erlangung des Erbschaftsbesitzes § 2025). Dem Erbschaftsbesitzer steht nach § 2030 der Gesamtrechtsnachfolger in die Erbschaft gleich. Endlich wird auch dem irrtümlich als verstorben behandelten Erblasser gegen seine vermeintlichen Erben wie gegen Dritte der Erbschaftsanspruch gewährt, um von ihnen sein Vermögen zurückzuerlangen (§ 2031). Gerichtsstand ZPO § 27.

§ 2018

Der Erbe[1]) kann von jedem, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts[2]) etwas[3]) aus der Erbschaft erlangt hat (Erbschaftsbesitzer),[4]) die Herausgabe des Erlangten verlangen[5]) [6]).

E I 2080 II 1892 M 5, 578—580 P 5, 696—710.

1. Der Erbschaftsanspruch steht zu dem **Erben**, sowohl dem alleinigen Erben als (mit der durch § 2039 gebotenen Einschränkung) auch dem Miterben und zwar als hereditatis petitio partiaria auch gegen einen Miterben, der die Erbschaft für sich allein oder der daran einen höheren als den ihm zukommenden Erbteil in Anspruch nimmt (RG JW 03 Beil 64[148]). Ebenso dem Rechtsnachfolger des Miterben im Falle des § 2033, dem Nacherben nach Eintritt

der Nacherbfolge (§ 2139), unter Umständen auch gegenüber dem Vorerben, dem Erbschaftskäufer dagegen nur nach geschehener Abtretung, wozu der Verkäufer nach § 2374 verpflichtet ist. Erkennt der ältere Testaments- oder gesetzliche Erbe die Gültigkeit des späteren nichtigen, einen andern Erben berufenden Testaments, und zwar unter Beobachtung der Form des § 2385 Abs 1 an, so kann er sich dem Vertragsgegner gegenüber nicht mehr auf die Nichtigkeit berufen (RG 72, 209). — An Stelle des Erben kann der Erbschaftsanspruch auch vom Nachlaßpfleger (§ 1960 A 5), dem Nachlaßverwalter (§ 1984 A 2), dem Nachlaßkonkursverwalter und dem verwaltenden Testamentsvollstrecker (§ 2212) geltend gemacht werden.

2. Zur **Passivlegitimation** ist erforderlich, daß der Beklagte — im guten oder im bösen Glauben (§ 2024) — das Erbrecht für sich in Anspruch genommen hat, daß er pro herede possidet. Es genügt mithin nicht, daß er nur tatsächlich oder daß er nur auf Grund eines behaupteten Einzelrechtstitels, z. B. Eigentums, sonstiger dinglicher oder persönlicher Rechte, oder daß er ohne jeden Rechtsgrund (als pro possessore possidens) in die Rechte des Erben eingegriffen hat. Wohl aber kann dadurch seine Auskunftspflicht begründet sein (§ 2027 Abs 2) und selbstverständlich bleibt er aus unerlaubten Handlungen verhaftet (§ 2025).

3. Entsprechend der Fassung in § 812 genügt, daß der Nichterbe **„etwas"**, irgend einen Nachlaßgegenstand, Sache oder Recht (§ 90) erlangt hat. Auch Forderungen können, obwohl ihr Übergang auf den falschen Erben rechtlich unmöglich ist, als erlangt gelten, wenn er unternimmt, sie einzuziehen oder sonst, z. B. durch Erlaß, Aufrechnung darüber zu verfügen (§ 2025 A 1 u. RG JW 03 Beil 104[234]).

4. **Erbschaftsbesitzer** ist die technische Bezeichnung des rechten mit dem Erbschaftsanspruche zu belangenden Beklagten. Besitzereigenschaft im Sinne von §§ 854 ff. ist hierbei nicht als notwendig vorausgesetzt (A 3). Er braucht insbesondere nicht Eigenbesitzer zu sein (§ 872), will vielleicht nur Nießbrauchsrechte des Erblassers ausüben, und auch mittelbarer Besitz genügt (§ 868). Anderseits muß er aber doch irgend etwas tatsächlich erlangt haben. Es genügt nicht zur Begründung des eigentlichen Erbschaftsanspruchs, daß er sich eines ihm zukommenden Erbrechts berühmt, wenn auch die Feststellungsklage aus ZPO § 256 damit gegeben sein kann. **Aus der Erbschaft erlangt** ist nur, was der Erbschaftsbesitzer nach Eintritt des Erbfalls, nicht schon bei Lebzeiten des Erblassers an sich gebracht hat. Doch genügt zum Erbschaftsbesitz, daß Herausgabe des so Erlangten gerade mit Berufung auf ein vermeintliches Erbrecht daran verweigert wird. Als erlangt gelten auch die Surrogate der Erbschaft § 2019. Der Erbschaftsanspruch kann auch gegen den Nachlaßverwalter und Testamentsvollstrecker erhoben werden, die für den falschen Erben Erbschaftsbesitz ausüben (a. M. Planck A 2, b, α). Dagegen versagt der Erbschaftsanspruch, wenn der wirkliche Erbe vom Verwalter der eigenen Erbschaft oder von dem bestellten Testamentsvollstrecker Herausgabe der ihm grundlos vorenthaltenen Erbschaft verlangt, da von beiden ein eigenes zu dem des Erben gegensätzliches Erbrecht begriffsmäßig nicht in Anspruch genommen werden kann (a. M. Dernburg V § 154 A 10). Dem Erbschaftsbesitzer ist der Erwerber der Erbschaft im Falle des § 2030 gleichgestellt.

5. Wie im Falle der Bereicherung nach § 812 ist **Herausgabe des Erlangten** die hauptsächliche durch §§ 2019—2024 näher bestimmte Leistung. Mit dem Antrag auf Herausgabe wird zweckmäßig derjenige auf Feststellung des klägerischen Erbrechts verbunden, um auch hierüber nach ZPO § 322 Rechtskraft zu erlangen. Ferner der Antrag auf Auskunftserteilung nach § 2027. Bis dahin kann nach ZPO § 254 die bestimmte Angabe der einzelnen beanspruchten Leistungen vorbehalten werden. Die Herausgabe betrifft das „Erlangte", umfaßt somit die Erbschaft als Ganzes, als Inbegriff von Gegenständen (§ 260), verpflichtet aber zugleich zur Vornahme aller einzelnen Rechtsgeschäfte (Besitzübergabe, Abtretung von Rechten, Berichtigung des Grundbuchs, Rückgabe des Erbscheins § 2362 usw.), die erforderlich sind, um sich zugunsten des Klägers der angemaßten Erbenstellung wieder zu entäußern. Dem Erben steht frei, statt des Erbschaftsanspruchs die als solchem ihm zukommenden Einzelansprüche einschließlich der aus § 857 sich ergebenden Besitzschutzmittel geltend zu machen. Der Erbschaftsbesitzer ist aber gegen die ihm hieraus drohenden Nachteile durch § 2029 geschützt. — Der Erbschaftsanspruch begründet ein Schuldverhältnis nach § 241, ist übertragbar (§ 413), deshalb auch pfändbar (ZPO § 851) und unterliegt der gewöhnlichen Verjährung (§§ 194, 195). — Das Urteil wirkt Rechtskraft nur im Verhältnis der mehreren im Streit befangenen Erbprätendenten. Miterben sind, auch wenn sie unter sich über das Erbrecht streiten, keine notwendigen Streitgenossen (RG 11. 7. 05 IV 282/05, auch JW 05, 146[28]). Missio in bona ist nur im Wege einstweiliger Verfügung möglich. Besonderer Gerichtsstand ZPO § 27.

6. **Beweislast.** Kläger hat zu beweisen sein Erbrecht: den Erbfall und den ihm zur Seite stehenden Berufungsgrund, im Falle der gesetzlichen Erbfolge auch den Wegfall ihm vorgehender Erbberechtigter (§ 1930). Behauptet der Beklagte, daß ihm ein näheres

Erbrecht wegen Ausschließung, Erbunwürdigkeit, Verzicht des Klägers oder seiner Rechtsvorgänger oder wegen anderweiter letztwilliger Berufung zustehe, so hat er diese besonderen Umstände nachzuweisen. Besondere Gestaltung der Beweislast, wenn Erbschein erteilt ist, infolge der Vermutung des § 2365. Doch genügt zur Klagabweisung das Mißlingen des dem Kläger obliegenden Erbenbeweises, auch wenn der Beklagte ein eigenes Erbrecht nicht dartun kann. Kläger hat weiter zu beweisen den Erbschaftsbesitz, daß Kläger einen Erbschaftsgegenstand mit dem Willen, Erbe zu sein, erlangt hat, nicht daß er ihn jetzt noch besitzt. Zur Begründung des Herausgabeanspruchs im einzelnen hat Kläger, soweit ihm nicht das nach § 260 herauszugebende Verzeichnis zu statten kommt, die Zugehörigkeit der einzelnen herausverlangten Gegenstände zum Nachlaß zu beweisen. Doch genügt hierzu der Nachweis, daß sie der Erblasser bei Lebzeiten besessen hat (§ 1006 Abs 2). Demgegenüber hat der Beklagte etwaige besondere Erwerbstitel oder den Wegfall seiner Herausgabepflicht nach §§ 2021 ff. zu beweisen.

§ 2019

Als aus der Erbschaft erlangt gilt auch[1]), was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt[2]).

Die Zugehörigkeit einer in solcher Weise erworbenen Forderung zur Erbschaft hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung[3]).

E I 2081 Nr 3 II 1893 M 5, 583—585 P 5, 710—714, 719, 720; 6, 168, 316, 324—326.

1. Hat der Nichterbe Erbschaftsgegenstände mit dem Erbenwillen **erlangt**, so ist seine Passivlegitimation als Erbschaftsbesitzer schon durch § 2018 begründet. Abs 1 bedeutet für diesen Fall nur, daß auch die Surrogate der Erbschaft von der Herausgabepflicht betroffen werden. Es ist aber auch denkbar, daß der Nichterbe Nachlaßgegenstände zunächst nur in anderer Weise, z. B. in Führung erbschaftlicher Geschäfte ohne eigentliche pro herede gestio (§ 1959) an sich gebracht und erst beim Umsatz des so Erlangten sich die Erbenstellung angemaßt hat. Für diesen Fall wird ihm die Eigenschaft des Erbschaftsbesitzers vom Zeitpunkte des Erwerbs ab gleichfalls beigelegt.

2. Nach dem **Grundsatz der dinglichen Surrogation** gelten gewisse Sachen und Rechte von Rechts wegen als Bestandteile des Nachlasses und unmittelbar dem wirklichen Erben erworben, obwohl sie zur Zeit des Anfalls noch nicht zur Erbschaft gehört haben. Dieser Grundsatz ist außer für den Erbschaftsanspruch anerkannt für die Erbengemeinschaft § 2041, die Nacherbschaft § 2111 und den Erbschaftskauf § 2374, aber im einzelnen verschieden geregelt (ähnlich auch beim Vorbehaltsgut § 1370, Gesamtgut § 1473 und dem eingebrachten Gute der Errungenschaftsgemeinschaft § 1524). Aus §§ 2021 und 818 Abs 1 ist zunächst zu ergänzen, daß Surrogat des Nachlasses ist, was der Erbschaftsbesitzer auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes erwirbt. Wegen der Nutzungen s. § 2020. Surrogat ist aber auch das **durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft Erworbene.** Es genügt mithin nicht, wie in §§ 2041, 2374, daß sich das den Erwerb vermittelnde Rechtsgeschäft „auf den Nachlaß bezieht". Anderseits geht jeder vom Erbschaftsbesitzer vorgenommene rechtsgeschäftliche Erwerb ohne weiteres dem wirklichen Erben zugute, wofern er nur mit Mitteln der Erbschaft gemacht war. Dies trifft auch dann zu, wenn er, so z. B. der bösgläubige Erbschaftsbesitzer ausdrücklich nur für seine Person und nicht für Rechnung der Erbschaft erwerben wollte. Sein Erwerbswille (wie z. B. in § 1646) ist überhaupt nicht entscheidend. Nur höchstpersönliche Rechte, wie z. B. Leibrente § 759, Nießbrauch §§ 1030 ff. oder beschränkte persönliche Dienstbarkeiten §§ 1090 ff. können der Natur der Sache nach weder ipso jure für den Erben erworben, noch an ihn herausgegeben werden. Hier greift § 818 Abs 2 ein. — Mit Mitteln der Erbschaft, im Gegensatz zu Mitteln des Erbschaftsbesitzers, erworben ist die zum Vermögen des Erbschaftsbesitzers bewirkte Leistung oder ein ihm entstandener Anspruch dann, wenn dafür ein Nachlaßgegenstand oder der durch Umsatz (Verkauf, Tausch, Belastung) eines Nachlaßgegenstandes dafür erlangte Wert als Gegenleistung unter Umständen hingegeben worden ist, unter denen, z. B. nach §§ 932, 185 auch der nichtberechtigte Erbschaftsbesitzer darüber wirksam verfügen konnte. Die Surrogation kann sich mithin wiederholt vollziehen und z. B. nacheinander Geld, Sachen, Rechte und wieder Geld ergreifen. Hat der Erbschaftsbesitzer zum Erwerb teils eigene, teils Nachlaßmittel verwendet, so kann Miteigentum (§§ 1008 ff.) oder Gemeinschaft (§§ 741 ff.) entstehen. Die dingliche Wirkung der Surrogation äußert sich auch darin, daß dem Erben im Konkurse des Erbschaftsbesitzers an den Surrogaten ein Aussonderungsrecht zusteht. — Hat ein Nachlaßschuldner an den Erbschaftsbesitzer geleistet, so wird er zwar, von §§ 893, 2367 u. a. abgesehen, von seiner Schuld

nicht befreit. Der Erbe kann deshalb nochmalige Leistung fordern. Er kann sich aber auch damit begnügen, das Empfangene nach § 818 Abs 1 vom Erbschaftsbesitzer herauszufordern und auf diesem Wege auch den Nachlaßschuldner zu befreien.

3. Vorausgesetzt ist, daß der Erbschaftsbesitzer die **Forderung** aus Erbschaftsmitteln für sich begründet hat, so daß der Schuldner sein Schuldner geworden ist. Er bleibt zwar Schuldner des Erbschaftsbesitzers, muß sich aber als Schuldner des Erben behandeln lassen, sobald er von der **Zugehörigkeit Kenntnis erlangt**, d. h. darüber aufgeklärt ist, daß sein Gläubiger die Forderung mit Mitteln einer Erbschaft erworben hat, die ihm in Wahrheit nicht oder nicht ihm allein angefallen ist. Im übrigen ist der Schuldner in derselben Weise wie der debitor cessus geschützt. § 406 handelt von seiner Aufrechnungsbefugnis, § 407 von der Wirksamkeit gewisser Erfüllungshandlungen, Rechtsgeschäfte und Urteile, § 408 von dem Falle, daß die Forderung des Erbschaftsbesitzers weiter abgetreten oder daß sie einem Dritten überwiesen ist.

§ 2020

Der Erbschaftsbesitzer hat dem Erben die gezogenen Nutzungen herauszugeben[1]); die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auch auf Früchte, an denen er das Eigentum erworben hat[2]).

E I 2081 Nr 4 II 1894 M 5, 585, 586 P 5, 710, 714, 715.

1. § 2020 sagt nicht, daß die **vom Erbschaftsbesitzer gezogenen und herauszugebenden Nutzungen** und Früchte „aus der Erbschaft erlangt seien" (§ 2018) oder als erlangt zu gelten hätten (§ 2019). Da überdies anerkannt ist, daß der Erbschaftsbesitzer an Früchten für sich Eigentum erwerben könne, so ist damit dem Erwerb von Nutzungen und Früchten schlechthin die dingliche, d. h. die unmittelbar dem Erben zugute kommende Wirkung abgesprochen. Der Erbschaftsbesitzer ist vielmehr dem Erben lediglich schuldrechtlich zur Herausgabe verpflichtet, auch wenn sich sein Eingriff in den Nachlaß auf Fruchtziehung beschränkt hätte (§ 2018) oder wenn er die Nutzungen vermittelst Rechtsgeschäftes aus Mitteln des Nachlasses, z. B. durch Vermieten des Nachlaßgrundstücks gezogen (§ 2019) oder wenn er bösgläubig Früchte gezogen und deshalb hieran kein Eigentum erlangt hätte (a. M. Planck A 2). Begriff der Nutzungen § 100. Die Herausgabepflicht des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers geht insofern über diejenige des mit dem Eigentumsanspruch belangten Besitzers hinaus, als er zwar auch nur die tatsächlich gezogenen, nicht die versäumten Nutzungen, aber die gezogenen Nutzungen auf die ganze Dauer des Erbschaftsbesitzes, nicht erst vom Eintritte der Rechtshängigkeit ab herauszugeben hat (§ 987). Steigerung der Herausgabepflicht durch Rechtshängigkeit und bösen Glauben §§ 2023, 2024.

2. Begriff der natürlichen und bürgerlichen **Früchte** § 99. Eigentumserwerb an Früchten §§ 953—957. — Wegen der Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen s. § 2022

§ 2021

Soweit der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe außerstande ist[1]), bestimmt sich seine Verpflichtung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[2]).

E I 2083 II 1895 M 5, 587, 588 P 5, 696 ff., 710, 716.

1. Die einzelnen Nachlaßgegenstände sowie die an deren Stelle getretenen Surrogate (§ 2019 A 2), die noch vorhandenen Nutzungen (§ 2020), überhaupt die gesamte Erbschaft ist dem Erben grundsätzlich in Natur herauszugeben. Nur soweit dies nicht möglich ist, greift der Bereicherungsanspruch Platz. Ist der **Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe außerstande,** so ist für die Frage, worin nunmehr seine Leistungen zu bestehen haben, gemäß §§ 2023, 2024 der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Erbschaftsanspruchs oder des vorher etwa vorhandenen bösen Glaubens von Bedeutung, s. auch A 2. Die Unmöglichkeit der Herausgabe kann ihren Grund darin haben, daß die Nachlaßgegenstände oder ihre Surrogate untergegangen oder verbraucht oder daß sie dem Erbschaftsbesitzer höchstpersönlich erworben sind (Leibrenten usw. § 2019 A 2). Aber auch darin, daß die Erbschaft Nutzungen abgeworfen hat, die nur in Gebrauchsvorteilen (Bewohnen des Nachlaßgrundstücks) bestanden, § 100. Die Bereicherung besteht dann in der E sparnis der sonst erforderlich gewesenen Aufwendungen.

2. Der **Bereicherungsanspruch** bestimmt sich im einzelnen nach §§ 818, 819 und steht nach § 822 auch gegen Dritte zu, denen der Erbschaftsbesitzer unentgeltliche Zuwendungen gemacht hat. Ob und inwieweit Bereicherung vorliegt, ist mit Rücksicht auf die Gesamtheit der Erbschaft unter Vergleichung mit dem Stande des eigenen Vermögens des Erbschaftsbesitzers zu bestimmen, soweit sich beide gegenseitig beeinflußt haben. Sollte der Erbschaftsbesitzer im

Ganzen durch die Erbschaft Verlust erlitten haben, so kann er vom Erben keinesfalls Ersatz fordern. Sachenrechtliche Folgen der Rechtshängigkeit § 2023, Verzinsungspflicht von Geldschulden § 291.

§ 2022

Der Erbschaftsbesitzer ist zur Herausgabe der zur Erbschaft gehörenden Sachen[1]) nur gegen Ersatz aller Verwendungen verpflichtet[2]), soweit nicht die Verwendungen durch Anrechnung auf die nach § 2021 herauszugebende Bereicherung gedeckt werden[3]). Die für den Eigentumsanspruch geltenden Vorschriften der §§ 1000 bis 1003 finden Anwendung[4]).

Zu den Verwendungen gehören auch die Aufwendungen, die der Erbschaftsbesitzer zur Bestreitung von Lasten der Erbschaft oder zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten macht[5]).

Soweit der Erbe für Aufwendungen, die nicht auf einzelne Sachen gemacht worden sind, insbesondere für die im Abs 2 bezeichneten Aufwendungen, nach den allgemeinen Vorschriften in weiterem Umfang Ersatz zu leisten hat, bleibt der Anspruch des Erbschaftsbesitzers unberührt[6]) [7]).

E I 2084 II 1896 M 5, 589, 590 P 5, 716—718.

1. § 2022 regelt den Vermögensausgleich zwischen Erben und Erbschaftsbesitzer nur insoweit, als es sich um **Herausgabe der zur Erbschaft gehörenden Sachen,** somit um die sachenrechtliche Seite des Erbschaftsanspruchs, die Verpflichtung zur Herausgabe der erlangten Nachlaßgegenstände nach § 2018 oder ihrer Surrogate nach § 2019 handelt. Nach der schuldrechtlichen Seite: Herausgabe der Nutzungen und der Bereicherung ist die Frage schon durch §§ 2020, 2021 erledigt. Soweit es sich dabei um die Herausgabe der Nutzungen handelt, folgt aus § 102, daß der Erbschaftsbesitzer jedenfalls die auf Gewinnung von Früchten verwendeten Kosten ersetzt verlangen kann. Daß ihm derselbe Ersatzanspruch auch insoweit zusteht, als er Aufwendungen zum Zwecke des Bezugs von Nutzungen gemacht hat (z. B. für Instandhaltung des von ihm bewohnten Nachlaßgrundstücks), ergibt sich schon aus § 100. Denn die Vorteile, die der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt, bezeichnen ein wirtschaftliches Ergebnis und können deshalb nur unter Abrechnung der den Vorteil mindernden Aufwendungen verstanden werden.

2. Der Erbschaftsbesitzer ist gegenüber dem mit dem Eigentumsanspruch belangten Besitzer (§§ 994—996) insofern begünstigt, als er **Ersatz aller,** auch der auf den Nachlaß als Ganzes gemachten **Verwendungen,** also nicht bloß der notwendigen, sondern auch der nützlichen und der zu Vergnügenszwecken gemachten, nicht den Wert erhöhenden Verwendungen verlangen kann, wofern er sie nur im guten Glauben und vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemacht hat (§§ 2023, 2024). Abtrennungsrecht § 997.

3. Soweit es sich neben dem sachenrechtlichen Erbschaftsanspruch (A 1) außerdem noch um persönliche Ansprüche aus §§ 2020, 2021 handelt, ergibt schon die Anwendung der **Bereicherungsgrundsätze** (§ 818 Abs 3), daß der Erbschaftsbesitzer nicht mehr von der Erbschaft herauszugeben hat, als was nach Bestreitung aller mit dem vermeintlichen Erbanfall ursächlich zusammenhängenden Ausgaben in seinem Vermögen übrig geblieben ist. Soweit seine Ersatzansprüche schon hiernach gedeckt sind, kann er sie nicht auch als Verwendungen auf einzelne herauszugebende Nachlaßgegenstände oder Surrogate, also nicht zweimal geltend machen.

4. Dem redlichen Erbschaftsbesitzer steht wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen nach § 1000 das **Zurückbehaltungsrecht** zu und zwar an sämtlichen zur Erbschaft gehörigen Sachen, auch wenn er im einzelnen darauf keine Verwendungen gemacht hat. Die selbständige Geltendmachung des Ersatzanspruchs regelt sich nach §§ 1001—1003, unter der „Sache" ist auch hier die Gesamtheit der herauszugebenden Nachlaßsachen zu verstehen. Eine Unterscheidung zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken wäre deshalb nicht gerechtfertigt, so daß im Falle des § 1002 nur die einmonatige Frist in Frage kommt, auch wenn Grundstücke zum Nachlasse gehören.

5. Entsprechend § 995. Zu den öffentlichen oder privatrechtlichen **Lasten der Erbschaft** (§§ 103, 1047) gehört auch die vom Erbschaftsbesitzer gezahlte Erbschaftsteuer. Soweit der wirkliche Erbe zu einem geringeren Satze steuerpflichtig ist, hat er dem Erben seinen Rückforderungsanspruch an den Fiskus abzutreten. Bezüglich der **berichtigten Nachlaßverbindlichkeiten** (§ 1967) ist der gutgläubige Erbschaftsbesitzer unbeschränkt ersatzberechtigt, auch wenn er sich dabei nicht im Rahmen der durch §§ 1978—1980, 1991 dem Erben auferlegten Verantwortlichkeit gehalten hätte. Sein Ersatzanspruch geht mithin nach Abs 2 weiter, als er ihm nach Abs 3 zustehen würde.

6. In Frage kommen namentlich **Geschäftsführung ohne Auftrag** (§§ 677 ff., 683) und der **Bereicherungsanspruch** (§§ 812 ff.), wenn den sonst hierfür aufgestellten Voraussetzungen genügt ist. Der Erfolg kann sein, daß nicht nur der Erbschaftsanspruch wegen völliger Erschöpfung des Nachlasses gegenstandslos wird, sondern daß umgekehrt dem Erbschaftsbesitzer Ansprüche an den Erben zustehen, denen dieser, ebenso wie sonst der Geschäftsherr oder Bereicherte als einer Eigenverbindlichkeit (§ 1967 A 3), deshalb ohne sich auf beschränkte Haftung berufen zu dürfen, genügen muß.

7. Beweislast. Der Erbschaftsbesitzer hat die nach Abs 1, 2 auf einzelne Nachlaßsachen oder auf den ganzen Nachlaß gemachten Verwendungen zu beweisen, insbesondere auch daß die berichtigten Nachlaßverbindlichkeiten wirklich als solche bestanden haben. Der Erbe hat zu beweisen, daß der Erbschaftsbesitzer hierfür schon durch Anrechnung der Bereicherung aus § 2021 gedeckt sei, wogegen diesem der Beweis des Wegfalls dieser Bereicherung offen steht. Zu Abs 3 hat der Erbschaftsbesitzer, der im weiteren Umfang Ersatz fordert, die besonderen dies rechtfertigenden Tatbestände zu beweisen.

§ 2023

Hat der Erbschaftsbesitzer zur Erbschaft gehörende Sachen herauszugeben[1]), so bestimmt sich von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Erben auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergangs oder einer aus einem andern Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten[2]).

Das Gleiche gilt von dem Anspruche des Erben auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen[3]) und von dem Anspruche des Erbschaftsbesitzers auf Ersatz von Verwendungen[4]).

E I 2085 II 1897 M 5, 591 P 5, 718, 719.

1. § 2023 beschäftigt sich nur mit dem **sachenrechtlichen** Teile des Erbschaftsanspruchs, d. h. mit der Verpflichtung zur Herausgabe der zur Erbschaft gehörenden Sachen einschließlich der Surrogate nach §§ 2018, 2019. Daneben besteht der persönliche Bereicherungsanspruch des Erben aus § 2021. Inwieweit dieser Anspruch durch die Rechtshängigkeit beeinflußt wird, bestimmt sich nach § 818 Abs 4. Bezüglich des gleichfalls persönlichen Anspruchs wegen der Nutzungen s. A 3.

2. **Einfluß der Rechtshängigkeit** ZPO §§ 263, 281. Die entsprechende Anwendung der für den Eigentumsanspruch geltenden Vorschriften bedeutet nach § 989, daß der Erbschaftsbesitzer auch nach der Rechtshängigkeit nur infolge seines Verschuldens (§ 276) schadensersatzpflichtig werden kann. Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs selbst ergibt sich aus §§ 249 bis 255. Ähnliche verweisende Bestimmungen in §§ 292, 347.

3. Der persönliche Anspruch auf **Herausgabe** oder **Vergütung von Nutzungen,** und zwar abweichend von § 987 Abs 1 auch der vor Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen ergibt sich aus § 2020 (A 1). Von der Rechtshängigkeit ab umfaßt er gemäß § 987 Abs 2 auch die schuldvoll versäumten Nutzungen. Soweit Herausgabe in Natur unmöglich, tritt nach § 989 gleichfalls die Schadensersatzpflicht ein.

4. Der Anspruch auf **Ersatz der Verwendungen** (§ 2022) beschränkt sich von der Rechtshängigkeit ab auf notwendige Verwendungen im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 994 Abs 2). Soweit sie in der Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten bestehen, ist der Ersatzanspruch davon abhängig, daß sich der Erbschaftsbesitzer dabei an die Vorschriften der §§ 1978—1980, 1991 gehalten hat. Das Abtrennungsrecht gemäß § 997 verbleibt ihm auch nach der Rechtshängigkeit, ebenso der Anspruch auf Ersatz der Bestellungskosten (§ 998) und der Verwendungen des Vorbesitzers (§ 999), insbesondere im Falle des § 2030.

§ 2024

Ist der Erbschaftsbesitzer bei dem Beginne des Erbschaftsbesitzes[1]) nicht in gutem Glauben, so haftet er so, wie wenn der Anspruch des Erben zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre[2]). Erfährt der Erbschaftsbesitzer später, daß er nicht Erbe ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der

Kenntnis an[3]). Eine weitergehende Haftung wegen Verzugs bleibt unberührt[4]) [5]).

E I 2085, 2086 II 1898 M 5, 591, 592 P 5, 718, 719.

1. **Beginn des Erbschaftsbesitzes** mit dem Zeitpunkte, wo der Besitzer mit Erbenwillen etwas aus der Erbschaft erlangt hat, § 2018.

2. In Übereinstimmung mit dem Eigentumsanspruch (§ 990) begründet schon der **Mangel des guten Glaubens** im Zeitpunkte der Besitzerlangung die verschärfte Haftung. Dem steht nach § 932 Abs 2 auch das Kennenmüssen des wahren Sachverhalts gleich. Dies gilt sowohl für die sachenrechtliche, als für die persönliche Seite des Erbschaftsanspruchs, geht deshalb, soweit es sich um den Bereicherungsanspruch handelt, über die Voraussetzungen des § 819 Abs 1 hinaus. Die Haftung bestimmt sich nach den Vorschriften für den Fall der Rechtshängigkeit, also sachenrechtlich nach § 2023, beim Bereicherungsanspruch nach § 818 Abs 4.

3. Zur **später erlangten Kenntnis** genügt nicht der bloße Mangel des guten Glaubens, der Zweifel am eigenen Erbrecht. Das Gesetz verlangt vielmehr (übereinstimmend mit §§ 819, 937, 955, 957, 990) „Erfahren", also die positive Kenntnis des Erbschaftsbesitzers davon, daß ihm kein Erbrecht zusteht (§ 1944 A 3).

4. Die Rechtslage des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers wird dadurch, daß er in **Verzug** gerät (§§ 284, 285), für sich allein nicht verschlechtert. Auch beim Eigentumsanspruch kommt eine Steigerung der Haftung durch Verzug nur gegenüber dem unredlichen Besitzer in Frage (§ 990 Abs 2). Sie besteht nach §§ 286, 287 in der Haftung für Schadenersatz und unter Umständen für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung.

5. **Beweislast.** Der Erbe hat das Nichtvorhandensein des guten Glaubens zur Zeit des Besitzbeginns oder die spätere Kenntniserlangung und deren Zeitpunkt, ebenso die Verzugstatsachen nachzuweisen.

§ 2025

Hat der Erbschaftsbesitzer einen Erbschaftsgegenstand[1]) durch eine strafbare Handlung[2]) oder eine zur Erbschaft gehörende Sache durch verbotene Eigenmacht erlangt[3]), so haftet er nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen[4]). Ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer haftet jedoch wegen verbotener Eigenmacht nach diesen Vorschriften nur, wenn der Erbe den Besitz der Sache bereits tatsächlich ergriffen hatte[5]).

E I 2086 II 1899 M 5, 591, 592 P 5, 720—723.

1. Die Gegenüberstellung des **Erbschaftsgegenstandes** und der zur Erbschaft gehörenden körperlichen Sache (§ 90) zeigt, daß das Gesetz als möglich ansieht, auch durch „Erlangung" eines zur Erbschaft gehörigen Rechts (z. B. Einziehung einer Forderung § 2018 A 3), Erbschaftsbesitzer zu werden.

2. Als **strafbare Handlungen,** die regelmäßig Verschulden voraussetzen, kommen gegenüber Sachen hauptsächlich die Aneignungsdelikte, gegenüber Rechten oder der gesamten Erbschaft Betrug, Fälschung und dergl. in Betracht, z. B. Vorspiegelung der Erbeneigenschaft gegenüber dem Nachlaßpfleger, Testamentsvollstrecker, Nachlaßschuldner.

3. **Verbotene Eigenmacht** kann, da sie Besitz voraussetzt (§ 858), nur einzelne körperliche Sachen, zu denen aber z. B. auch Schuldurkunden gehören, zum Gegenstande haben.

4. **Unerlaubte Handlungen** §§ 823 ff. Die Haftung steigert sich, entsprechend dem § 992 über die Vorschriften der §§ 2023, 2024 hinaus bis zur Verantwortlichkeit für den auch ohne Verschulden des Erbschaftsbesitzers durch Zufall eingetretenen Untergang, für Unmöglichkeit der Herausgabe oder Verschlechterung der Sache vorbehaltlich des in § 848 dem Erbschaftsbesitzer nachgelassenen Gegenbeweises. Zinspflicht § 849. Der Anspruch wegen notwendiger Verwendungen auf einzelne Sachen (nicht auf die ganze Erbschaft) bleibt ihm auch in diesem Falle gewahrt, § 850. Ebenso kommt ihm insoweit die kürzere Verjährung des § 852 zugute. Der Erbe ist selbstverständlich nicht gehindert, den Herausgabeanspruch aus §§ 2018, 2019 und nur hilfsweise den Schadenersatzanspruch geltend zu machen.

5. Da der **Besitz** nach § 857 von Gesetzes wegen auf den Erben übergeht, so enthält an sich jeder Eingriff in den äußerlich besitzlosen Nachlaß eine verbotene Eigenmacht im Sinne von § 858. Ist er jedoch im **guten Glauben** an das eigene und ohne fahrlässige Außerachtlassung des fremden Erbrechts erfolgt (§ 2024 A 2), so ist der Erbe auf die gewöhnlichen Besitzschutzmittel aus §§ 861 ff. beschränkt. Es sei denn, daß er den Besitz auch tatsächlich ergriffen hatte: dann haftet der Erbschaftsbesitzer, der hiervon weiß oder wissen mußte, immer nach Deliktsgrundsätzen, auch wenn er sich schuldlos für den wahren Erben gehalten hat.

§ 2026

Der Erbschaftsbesitzer kann sich dem Erben gegenüber[1]), solange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist[2]), nicht auf die Ersitzung einer Sache berufen, die er als zur Erbschaft gehörend im Besitze hat[3]) [4]).

E I 888 II 1900 M 3, 356 P 3, 236, 237; 6, 234, 235.

1. Der gutgläubige Erbschaftsbesitzer ist immer Eigenbesitzer der von Anfang an oder kraft Surrogation zur Erbschaft gehörigen beweglichen Sachen. Er erwirbt mithin daran durch zehnjährigen Besitz das Eigentum, § 937. Sein **Ersitzungsrecht** kann er Dritten gegenüber unbeschränkt, gegenüber dem Erben aber erst dann geltend machen, wenn der Erbschaftsanspruch verjährt ist.

2. Die **Verjährung des Erbschaftsanspruchs** ist, abgesehen von seiner besonderen Gestaltung als Schadenersatzanspruch (§ 2025 A 4 und § 852), die gewöhnliche dreißigjährige (§ 195). Sie ergreift die Erbschaft als Ganzes, beginnt deshalb nach § 198 einheitlich mit Entstehung des Anspruchs, d. h. mit dem Augenblicke, wo der Erbschaftsbesitzer zum ersten Male „etwas", wenn auch nicht gerade die ersessene Sache aus der Erbschaft erlangt hat (§§ 2018, 2019). Besonderheit im Falle der Anfechtung § 200. Die Unterbrechung der Verjährung (§§ 208 ff.) wirkt zugunsten des Hauptanspruchs, auch wenn sie nur bezüglich eines Einzelanspruchs (§ 2029) erfolgt ist. Ist sie nur von einem einzelnen Miterben herbeigeführt, so kommt sie nur diesem, nicht auch den andern Erben zugute. Nach § 221 kommt dem Rechtsnachfolger des Erbschaftsbesitzers (§ 2030) dessen Ersitzungszeit mit zugute. Anderseits kommt nach § 944 die zugunsten des Erbschaftsbesitzers verstrichene Ersitzungszeit auch dem Erben zu statten. — Auch durch Ablauf der Verjährung erlangt der Erbschaftsbesitzer nicht die Rechtsstellung des Erben. Insbesondere bleibt rechtlich nur der wirkliche Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten verhaftet.

3. Als **zur Erbschaft gehörend** hat der Erbschaftsbesitzer sowohl die ursprünglichen Erbschaftssachen als auch die an deren Stelle getretenen Surrogate im Besitz. Auch die Surrogate sind kraft der dinglichen Wirkung (§ 2019 A 2) unmittelbar dem Erben erworben, wenn auch Dritten gegenüber der Erbschaftsbesitzer als Eigentümer erscheint. Erst nach Ablauf der Verjährungsfrist tritt das Surrogatseigentum auch dem Erben gegenüber in Kraft. Praktisch ist die Frage auf bewegliche Sachen beschränkt. Die dreißigjährige Tabularersitzung an Grundstücken (§ 900) fällt regelmäßig mit dem Ablauf der gleichlangen Verjährungsfrist zusammen. Eine Ersitzung der Erbschaft als solcher ist dem BGB unbekannt.

4. Beweislast. Der sich auf Ersitzung berufende Erbschaftsbesitzer hat auch die Verjährung des Erbschaftsanspruchs zu beweisen.

§ 2027

Der Erbschaftsbesitzer ist verpflichtet, dem Erben über den Bestand der Erbschaft[1]) und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen[2]).

Die gleiche Verpflichtung hat, wer, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hat[3]).

E I 2082 II 1901 M 5, 586, 587 P 5, 697—699, 704, 707, 703, 715, 716.

1. Der Erbschaftsbesitzer hat, weil zur Herausgabe nach §§ 2018, 2019 verpflichtet, dem Erben regelmäßig schon nach § 260 ein Verzeichnis des **Bestandes der Erbschaft** vorzulegen und nach Erfordern den Offenbarungseid zu leisten. Maßgebend ist der Bestand im Augenblicke der Vorlegung des Verzeichnisses, s. aber A 2. Die Auskunft umfaßt insbesondere auch die in diesem Zeitpunkt vorhandenen Surrogate des ursprünglichen Nachlasses (§ 2019).

2. Da sich die **Auskunft** auch auf den **Verbleib** der — ursprünglich dagewesenen, jetzt aber nicht mehr vorhandenen — **Erbschaftsgegenstände** zu erstrecken hat, so ist auch die Aufzeichnung des bei Beginn des Erbschaftsbesitzes (§ 2018) vorhanden gewesenen Bestandes, der im Laufe der Besitzzeit daran eingetretenen Veränderungen (durch Untergang, Veräußerung usw.) und der durch Rechtsgeschäft aus Mitteln des Nachlasses dafür erlangten Surrogate und Surrogats-Surrogate (§ 2019) erforderlich. Endlich bedarf es der Angabe, wo sich die zur Zeit der Auskunftserteilung vorhandenen Erbschaftsgegenstände räumlich befinden. Die Auskunft wird sich deshalb, ähnlich wie in den Fällen der §§ 1959 A 2 und 1978 A 2 zu einer förmlichen Rechenschaftslegung über die Gebarung mit dem Nachlaß in der ganzen Besitzzeit gestalten. Wertsangabe der Aktiven und Angabe der Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2001) sind nicht erforderlich. Darüber, ob die erteilte Auskunft formell genügt, ist nach vorausgegangener Verurteilung im Zwangsvollstreckungsverfahren zu entscheiden (ZPO

§ 766). Der Streit über die materielle Richtigkeit ist im fortgesetzten (ZPO § 254) oder in einem neuen besonderen Rechtsstreit auszutragen. Die Auskunftspflicht liegt nur dem Erbschaftsbesitzer im technischen Sinne ob (§ 2018 A 4), wird also durch die bloße Berühmung des Erbrechts, auch wenn daraufhin Feststellungsklage erhoben ist, nicht begründet. — Handelt es sich um eine **Mehrheit von Erben**, so gehört der Anspruch auf Auskunftserteilung zum Nachlaß unterliegt deshalb den Vorschriften des § 2039. Die Mitteilung eines einzigen Vermögensverzeichnisses genügt. Gehört der Erbschaftsbesitzer selbst zu den Miterben und streiten die Parteien nur über die Höhe der Erbteile (§ 2018 A 1), so braucht sich die Auskunft nur auf die unter den Parteien streitigen Verhältnisse zu beschränken. Inwieweit sich mehrere Erben schon als Miterben auskunftspflichtig sind s. § 2038 A 7. Auskunftspflicht im Falle des unrichtigen Erbscheins § 2362 Abs 2.

3. Wer Erbschaftssachen auf Grund vermeintlichen Einzeltitels oder ohne jeden Titel (pro possessore) besitzt, ist **nicht Erbschaftsbesitzer** und dem Erbschaftsanspruche nicht ausgesetzt. Ausnahmsweise kann er jedoch auf **Auskunftserteilung** und zwar im vollen Umfang des Abs 1 belangt werden, wenn er — gut- oder bösgläubig — in der Meinung, auf den Besitz der Sache berechtigt zu sein oder nicht, vielleicht nur in Geschäftsführung des Erben oder des Erbschaftsbesitzers eine Sache aus dem Nachlasse also mit Kenntnis davon, daß der Erbfall eingetreten ist, in Besitz nimmt. So auch ein Dritter, der dem Erbschaftsbesitzer den Besitz entzogen hat. Dies gilt jedoch nur auf die Zeit, während deren der Nachlaß trotz der Besitzfiktion des § 857 entweder äußerlich besitzlos oder doch wenigstens vom Erben selbst noch nicht in Besitz genommen ist. Eine gegen den Erben als tatsächlichen Besitzer begangene Eigenmacht (§ 2025 A 5) macht deshalb nur auskunftspflichtig, soweit damit Erbschaftsbesitz im Sinne von § 2018 (A 4) begründet wird. Ob der Dritte den Besitz mittelbar oder unmittelbar erlangt hat (§ 868), macht keinen Unterschied. Z. B. ist sowohl der Vermieter des sich angemaßten Nachlaßgrundstücks als der Abmieter auskunftspflichtig, gleichviel ob sie in gutem oder bösem Glauben gestanden haben. — Das Recht auf Auskunftserteilung kann außer vom Erben selbst auch vom Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter und Nachlaßkonkursverwalter geltend gemacht werden. Der Gerichtsstand des § 27 ZPO ist im Falle des Abs 2 nicht gegeben.

§ 2028

Wer sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat,[1]) ist verpflichtet, dem Erben auf Verlangen Auskunft darüber zu erteilen, welche erbschaftliche Geschäfte er geführt hat und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist[2]).

Besteht Grund zu der Annahme, daß die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt worden ist, so hat der Verpflichtete auf Verlangen des Erben den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er seine Angaben nach bestem Wissen so vollständig gemacht habe, als er dazu imstande sei[3]).

Die Vorschriften des § 259 Abs. 3 und des § 261 finden Anwendung[4]).

E II 1902 P 5, 715, 716.

1. Auch ohne daß Erbschaftsbesitz oder ein Eingriff in den Nachlaß vorliegt (§ 2027), begründet schon die Tatsache **häuslicher Gemeinschaft mit dem Erblasser zur Zeit seines Todes** die Verpflichtung zu gewissen Auskünften. Vorausgesetzt ist Zugehörigkeit zum Hausstande (§ 1617), nicht außerdem noch, wie in § 1969 Familienangehörigkeit und Bezug des Unterhalts. Daher fallen hierunter auch Personen, die auf Grund eines Vertragsverhältnisses nicht bloß vorübergehend den Hausstand geteilt haben, z. B. Dienstboten. **RG** 58, 89 erachtet auch den Miterben, wenn er Hausgenosse des Erblassers war, zur Auskunft nach § 2028 für verpflichtet. Allein die Hausgenossen sind zu dem Erben, dem sie auskunftspflichtig sind, ausdrücklich in Gegensatz gestellt. Es scheinen mithin insoweit nur Dritte, Nichterben, in Betracht zu kommen. Wohl aber dürfte den Miterben gerade in ihrer Eigenschaft als Teilnehmern der Erbengemeinschaft eine besondere Auskunftspflicht obliegen (vgl. § 2038 A 7).

2. Begriff der **erbschaftlichen Geschäfte** § 1959 A 2. Auch hier ist vorausgesetzt, daß es sich nicht um die eigentliche pro herede gestio handelt, da sonst regelmäßig Erbschaftsbesitz im Sinne von § 2018 anzunehmen sein wird. Der Hausgenosse hat sich vor allem eidlich darüber zu äußern, ob er solche Geschäfte geführt hat. Insoweit dies geschehen, ist die Auskunftspflicht ohnedies aus §§ 681, 666, 259, 260 begründet. Darüber hinaus hat er aber auch anzuzeigen, was ihm sonst **über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände**, d. h. über das Vorhandensein oder über das Schicksal und den Aufbewahrungsort solcher Gegenstände **einschließlich der an ihre Stelle getretenen Surrogate** (§ 2019) bekannt ist. Seine **Auskunfts-**

pflicht beschränkt sich auf Mitteilung dieser seiner Wissenschaft („Angaben" Abs 2). Ein förmliches Verzeichnis anzufertigen oder gar Rechnung abzulegen, wie im Falle des § 2027 A 2, ist er nicht (RG JW 02 Beil 266[197]) oder doch nur im Umfange seiner etwaigen Geschäftsführung verpflichtet.

3. Der **Offenbarungseid** unterscheidet sich von § 260 dadurch, daß nicht die Vollständigkeit des „Bestandes", sondern nur der nach Abs 1 zu machenden „Angaben" zu beschwören ist. Er kann, wenn der Eidespflichtige hierzu bereit ist, als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor dem Nachlaßgerichte geleistet werden (FGG §§ 163, 79). Wird der Eid verweigert, so kann er nur im Klagewege erzwungen werden und ist dann vor dem Prozeßgerichte zu schwören (ZPO § 889).

4. § 259 Abs 3: keine Eidespflicht in Angelegenheiten von geringer Bedeutung. § 261: Zuständigkeit, Abänderungsmöglichkeit, Kostenlast.

§ 2029

Die Haftung des Erbschaftsbesitzers bestimmt sich auch gegenüber den Ansprüchen, die dem Erben in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände zustehen[1]), nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch[2]).

E I 2038 II 1903 M 5, 592, 593 P 5, 722, 723.

1. Den Klagegrund des Erbschaftsanspruchs bildet die Behauptung, daß Kläger Erbe des X. sei und daß ihm der Beklagte „auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts" (§ 2018) die Erbschaft oder deren Surrogate vorenthalte. Hieran ändert sich nichts, wenn der Kläger sein Herausgabeverlangen auf **einzelne bestimmte Erbschaftsgegenstände** beschränkt. Er kann aber in diesem Falle sein Verlangen auch so begründen, daß er z. B. den Eigentumsanspruch erhebt, zwar darlegt, daß X. Eigentümer und er sein Erbe geworden sei, den Beklagten aber nicht als Erbschaftsbesitzer, sondern als gewöhnlichen Besitzer in Anspruch nimmt (§ 985). Oder er begnügt sich, vom Erbschaftsbesitzer den Betrag einer bestimmten, von diesem eingezogenen Nachlaßforderung herauszuverlangen (§ 2019 A 2). Im Interesse des Erbschaftsbesitzers bestimmt § 2029, daß dem Erbschaftsbesitzer die aus dieser Rechtsstellung sich ergebenden Vorteile durch Erhebung von Einzelansprüchen nicht verloren gehen. Daß er unter Umständen durch Erhebung des Erbschaftsanspruchs auch schlechter gestellt sein kann (so durch den Grundsatz der dinglichen Surrogation § 2019 A 2, durch die Pflicht der Herausgabe aller Nutzungen § 2020 A 1, durch die strengere Beurteilung der Gutgläubigkeit § 2024 Abs 2, durch Beschränkung der Ersitzungseinrede § 2026 A 1), kommt hier nicht in Betracht, solange der Kläger nicht derartige Ansprüche aus seiner Erbenstellung herleitet und damit, wenn auch nur in Bezug auf einzelne Gegenstände, eben den Erbschaftsanspruch geltend macht.

2. **Nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch** kann der Erbschaftsbesitzer insbesondere den Wegfall der Bereicherung und den Anspruch auf Ersatz der Verwendungen in dem umfassenden Umfange der §§ 2021, 2022 auch gegenüber dem erhobenen Einzelanspruch geltend machen. Ferner steht ihm das Zurückbehaltungsrecht (§ 2022 A 4) zu, und zwar, trotz § 863, auch gegenüber der nach §§ 857, 858, 861 vom Erben erhobenen Besitzklage, vorausgesetzt, daß ihm nicht § 2025 entgegensteht. Nur wenn der Einzelanspruch auf Grund des § 999 gegen den Sondernachfolger des Erbschaftsbesitzers erhoben ist, beschränkt sich der Ersatzanspruch auf die auf die betreffende Sache gemachten Verwendungen, da § 2029 nur den Erbschaftsbesitzer selbst und nach § 2030 seinen Gesamtnachfolger privilegieren will. Endlich kann der Erbschaftsbesitzer gegen den an sich noch nicht verjährten Einzelanspruch die Einrede der Verjährung des Erbschaftsanspruchs geltend machen (§ 2026). Auch wenn das Gericht die Grundsätze über den Erbschaftsanspruch von Amts wegen anzuwenden hat (Prot 5, 723), handelt es sich bei der Verteidigung des Beklagten zumeist um Einreden, für die er behauptungs- und beweispflichtig bleibt. — Der Erbe muß zwar, auch wenn er mit dem Einzelanspruch durchdringen will, sein Erbrecht beweisen. Allein die Rechtskraft des Urteils erstreckt sich nach § 322 ZPO hierauf nicht, weder in Ansehung der ganzen Erbschaft, noch einzelner Nachlaßgegenstände. Der Erbschaftsbesitzer bedarf deshalb nicht der Einrede ne praejudicium fiat hereditati. Wohl aber kann er Feststellungswiderklage erheben (ZPO § 280).

§ 2030

Wer die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erwirbt[1]), steht im Verhältnisse zu dem Erben einem Erbschaftsbesitzer gleich[2]).

E II 1904 P 5, 723, 724.

1. Was der Erbschaftsbesitzer an Entgelt erlangt für eine **durch Kauf oder andere Verträge** (§§ 2371, 2385) **veräußerte Erbschaft** oder für Veräußerung eines vermeintlichen

Anteils am Nachlasse (§ 2033), hat er durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erlangt und deshalb dem Erben auf Verlangen herauszugeben (§ 2019). Macht der Erbe von diesem Rechte Gebrauch, so genehmigt er damit in der Regel die Veräußerung und verliert dadurch jeden Anspruch an den dritten Erwerber der Erbschaft. Er kann aber auch den Herausgabeanspruch unmittelbar gegen den Käufer usw. der Erbschaft richten. Soweit ihm Genehmigung der Übertragung nicht entgegensteht, kann er auch beide, den Erbschaftsbesitzer und den dritten Erwerber neben- und nacheinander in Anspruch nehmen. Dem Vertrag unter Lebenden muß der Erwerb der Erbschaft von Todes wegen auch dann gleichgestellt werden, wenn es sich hierbei um Einzelnachfolge (Vermächtnis) handelt. Daß der Erbe des Erbschaftsbesitzers und zwar nach den Grundsätzen über die Erbenhaftung herauszugeben hat, folgt schon aus allgemeinen Grundsätzen.

2. Den **dritten Erwerber,** gleichviel ob er die Erbschaft gegen oder ohne Entgelt erlangt hat, trifft in demselben Umfange **wie den Erbschaftsbesitzer** die Pflicht zur Herausgabe auch der Surrogate (§ 2019), der Nutzungen (§ 2020) und gegebenenfalls der Bereicherung (§ 2021). Der etwa gezahlte Kaufpreis kommt zwar als die Bereicherung mindernd in Betracht, kann aber nicht als Verwendung auf den Nachlaß im Sinne von § 2022 ersetzt verlangt werden. Insoweit steht dem Erwerber nur gegen den Veräußerer der Gewährleistungsanspruch zu (§ 2376). Im übrigen gelten die Bestimmungen der §§ 2022 bis 2027 Abs 1, 2029 auch für den Erwerber der Erbschaft. Insbesondere kann er als Gesamtnachfolger des Erbschaftsbesitzers (entsprechend § 999) auch die von diesem gemachten Verwendungen vom Erben ersetzt verlangen und sich auch auf dessen Ersitzungszeit berufen. Der Erwerber hat seine eigene Bösgläubigkeit oder Eigenmacht im Umfange der §§ 2024, 2025 zu vertreten, er haftet aber nicht für die hierdurch in der Person des Erbschaftsbesitzers entstandenen weitergehenden Verpflichtungen. Umgekehrt schützt ihn der gute Glaube bei Erwerb der Erbschaft als eines Ganzen nicht gegen den Erbschaftsanspruch. Die Vorschriften der §§ 892, 893, 932, 936, 2366, 2367 kommen nur dem Erwerber eines einzelnen Erbschaftsgegenstandes zu statten.

§ 2031

Überlebt eine für tot erklärte Person den Zeitpunkt, der als Zeitpunkt ihres Todes gilt[1]), so kann sie die Herausgabe ihres Vermögens nach den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften verlangen[2]). Solange der für tot Erklärte noch lebt, wird die Verjährung seines Anspruchs nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem er von der Todeserklärung Kenntnis erlangt[3]).

Das Gleiche gilt, wenn der Tod einer Person ohne Todeserklärung mit Unrecht angenommen worden ist[4]).

E I 2089 II 1905 M 5, 597—599 P 5, 725, 726; 6, 316, 317.

1. Der **Zeitpunkt des Todes bei der Todeserklärung** ist nach § 18 Abs 1, ZPO § 970 im Ausschlußurteile festzustellen.

2. Der wirklich berufene **Erbe des vermeintlich verstorbenen Erblassers,** wenn er auf Grund des vermeintlichen Erbanfalls etwas aus der Erbschaft erlangt hat, ist **dem Erbschaftsbesitzer** (§ 2018) **gleichgestellt.** Ebenso sein Rechtsnachfolger gemäß § 2030. Der Dritte, der sich auf Grund eines ihm überhaupt nicht zukommenden Erbrechts des angeblich herrenlosen Nachlasses bemächtigt, gilt von vornherein als Erbschaftsbesitzer. Ist der für tot Erklärte vor dem im Ausschlußurteile festgestellten Zeitpunkte gestorben, so gelten für die hiernach sich bestimmenden Erben die allgemeinen Grundsätze.

3. Satz 2 beugt dem vor, daß zum Schaden des vermeintlichen Erblassers die 30jährige **Verjährung** des Erbschaftsanspruchs abgelaufen ist (§§ 195, 198), bevor er von seiner Todeserklärung oder davon, daß er als verstorben galt (Abs 2) Kenntnis erlangt. Der Zeitpunkt erlangter Kenntnis ist vom Anspruchsgegner zu beweisen. Steht fest, daß er bei Vollendung der Verjährung bereits verstorben war, so können sich seine Erben auf die Verlängerung der Frist nicht berufen.

4. Die **irrtümliche Annahme des Todes** kann z. B. auf dem Grunde unrichtiger Sterbeurkunden beruhen. Sie liegt auch vor, wenn das Ausschlußurteil mit Erfolg angefochten worden ist (ZPO § 973). Ähnlich beim Erbschein § 2370. Ist die Annahme des Todes hinfällig, so kann der Erbschaftsanspruch auch von einem bestellten Abwesenheitspfleger (§ 1911) verfolgt werden.

Vierter Titel

Mehrheit von Erben

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander

§ 2032

[1])**Hinterläßt der Erblasser mehrere Erben**[2])**, so wird der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben**[3]).

Bis zur Auseinandersetzung gelten die Vorschriften der §§ 2033 bis 2041[4]).

E I 2051 Abs 2, 2151 II 1906 M 5, 526—530, 687, 688 P 5, 650, 835—837; 6 346, 347.

1. Nach § 1922 bleibt die Erbschaft auch dann ein „Ganzes", wenn sie auf mehrere Erben übergeht. Wie bei der Gesellschaft (§ 718) und der ehelichen Gütergemeinschaft (§ 1438) gilt jeder Miterbe, wiewohl beschränkt durch das gleiche Recht der andern Erben, als Träger aller zur Erbschaft gehörigen Rechte sowie als Schuldner der darauf lastenden Verbindlichkeiten (§ 2058): **Gemeinschaft zur gesamten Hand.** Der Satz: nomina sunt ipso jure divisa ist dem BGB grundsätzlich unbekannt (s. jedoch §§ 2060, 2061). Dieses Rechtsverhältnis ergreift auch die Surrogate des Nachlasses (§ 2041) und dauert fort bis nach Durchführung der Auseinandersetzung, §§ 2042 ff. oder der Teilung des Nachlasses, §§ 2059, 2060. Es äußert seine Wirkungen auch bezüglich der Nachlaßverwaltung (§ 2062) und im Nachlaßkonkurse (KO §§ 230, 235). Gemeinschaftlicher Erbschein § 2357. Bei Eintragungen im Grundbuche soll das maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet werden, GBO § 48.

2. Die **mehreren Erben** können durch das Gesetz, §§ 1924 ff. oder durch Verfügung von Todes wegen, §§ 1937 ff. oder teils in der einen, teils in der andern Weise berufen sein, §§ 2088 ff. Mehrere nacheinander Berufene (Ersatzerben § 2096, Nacherben § 2100) sind im Verhältnis zum ersten Erben ebensowenig Miterben im Sinne des Gesetzes, wie mehrere mit Vermächtnissen Bedachte, § 2157. Welche Personen und zu welchen Anteilen sie als Erben berufen sind, braucht unter den Beteiligten (anders im Falle des § 2059 Abs 2 **RG** 71, 369) im Streitfalle nicht einheitlich festgestellt zu werden. Sie sind deshalb keine notwendigen Streitgenossen (ZPO § 62). So **RG** 8. 6. 05 IV 207/05 und 11. 7. 05 IV 282/05, während **RG** JW 05, 146[28] dem von einem der übrigen Erben als Schuldner verklagten Miterben die Einrede der mehreren Streitgenossen wenigstens dann nachläßt, wenn er durch das gesonderte Vorgehen nach Lage des Falles erheblich in seiner Verteidigung beeinträchtigt ist. Freilich entbehren im Mangel einheitlicher Feststellung aller Erbquoten die Verwaltungs- und Verfügungsakte der Miterben und die Auseinandersetzung selbst der sicheren Grundlage.

3. Die **Erbengemeinschaft** ist verschieden von der Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 bis 758), deren Grundsätze in §§ 2038 Abs 2, 2042 Abs 2, 2044 Abs 1 nur aushilfsweise herangezogen sind. Es ist deshalb Verfügung über den Nachlaßanteil oder den Nachlaßgegenstand, wenn die Gemeinschaft zur gesamten Hand in eine Bruchteilsgemeinschaft umgewandelt wird. Bezüglich der Nachlaßgrundstücke bedarf ein derartiger Vertrag zwischen Miterben der Form des § 313 (**RG** 57, 432, dagegen Dernburg V § 176 A 8), die Auflassung an einen Miterben gegebenenfalls der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (**RG** 6. 6. 07 IV 527/07). Während der Dauer der Erbengemeinschaft ist das Erlöschen von Rechtsverhältnissen durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung begrifflich ausgeschlossen. (Vgl. auch §§ 1976, 1991 Abs 2, 2143, 2175, 2377.) Unzulässigkeit der Aufrechnung § 2040 Abs 2. Verfügungen, die ein (künftiger) Miterbe vor dem Erbfall über einen Nachlaßgegenstand getroffen hat, werden durch den bloßen Eintritt der Erbengemeinschaft auch nicht teilweise wirksam, da der Miterbe den Gegenstand dadurch auch nicht anteilig erwirbt (§ 185 Abs 2). Wohl aber können Verfügungen des Erblassers über einen dem Miterben gehörigen Gegenstand anteilig wirksam werden, soweit dieser mit seinem Erbteil unbeschränkt haftet. Die Miterben werden auch Mitbesitzer des Nachlasses, §§ 857, 866.

4. Die Erbengemeinschaft des BGB entsteht nur, wenn der Erbfall seit 1. 1. 00 eingetreten ist (EG Art 213 **RG** JW 02 Beil 268[203]) und zwar unmittelbar kraft Gesetzes. Sie kann deshalb nicht durch Vertrag der Beteiligten geschaffen werden. Wohl aber kann sie unter den übrigen Erben fortgesetzt werden, nachdem ein oder einige Erben durch Abfindung u. dergl. darausausgeschieden sind. Anwendbarkeit des neuen Rechts auf Grund EG Art 173 **RG** Gruch 49, 967.

§ 2033

[1])Jeder Miterbe[2]) kann über seinen Anteil an dem Nachlasse verfügen[3]). Der Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Anteil verfügt, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[4]).

Über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen kann ein Miterbe nicht verfügen[5]).

E II 1907 P 5, 837—839.

1. Abweichend von der Gesellschaft (§ 719) und der ehelichen Gütergemeinschaft (§ 1442), aber übereinstimmend mit der Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ 747, RG 60, 128) kann der Miterbe über seinen Erbteil als Ganzes, d. h. über seine Teilhaberschaftsrechte in ihrer Gesamtheit im Gegensatz zu den einzelnen Nachlaßgegenständen (Abs 2) **durch einen Rechtsakt verfügen,** so daß alle darin inbegriffenen einzelnen Rechtsverhältnisse ohne weiteres hiervon betroffen werden (sogen. dingliche Wirkung). Es bedarf mithin nicht noch der Auflassung des Nachlaßgrundstücks. War der Miterbe bereits eingetragen, so wird das Grundbuch durch Veräußerung des Erbteils unrichtig (§ 894).

2. Nur dem **Miterben** und seinem Rechtsnachfolger (§ 2037) ist die dingliche Verfügungsmacht eingeräumt, nicht dem Alleinerben, auch nicht zu einem Bruchteil der Erbschaft. Umgekehrt verschafft die Übertragung sämtlicher Erbteile auf einen Erwerber diesem nicht die Rechtsstellung des Alleinerben. Zur Fortführung der Handelsfirma ist auch in diesem Falle die besondere Einwilligung der Miterben notwendig (RJA 5, 185). Auch die Verfügung zugunsten eines Miterben (der jedoch nicht als Dritter in Betracht kommt § 2034) fällt unter § 2033. Der Miterbe kann den Erbteil auch nach Bruchteilen einem oder mehreren Erwerbern übertragen, die jedoch untereinander oder zu dem teilweise veräußernden Erben nur in Bruchteilsgemeinschaft treten. Die Erben des Miterben (§ 2051) bilden eine gesamthänderische Untergruppe innerhalb der Erbengemeinschaft.

3. **Verfügung über den Anteil am Nachlasse** im Sinne von § 185 im Gegensatz zur Begründung eines bloß schuldrechtlichen Verhältnisses, das gleichfalls zulässig ist (RG JW 09, 20[14]). Bloß schuldrechtlich wirkt der Erbschaftskauf (§§ 2371 ff.) oder die Übertragung des Rechtes auf Auszahlung der künftigen Nachlaßdividende (§ 2047 Abs 1). Ein Rechtsgeschäft dieses Inhalts kann unter Umständen auch in einer wegen Formmangels unwirksamen Verpfändung des Erbteils erblickt werden (RG 26. 9. 07 IV 37/07). Am Fortbestande der Erbengemeinschaft und der dinglichen Verfügungsmacht wird hierdurch nichts geändert (RG 60, 133). Auch die Verpfändung des Erbteils (§ 1274) und die Bestellung des Nießbrauchs daran (§ 1068) sind Verfügungen (FGG § 86 Abs 2). Die Pfändbarkeit des Erbteils ist durch ZPO § 859 Abs 2 anerkannt. Als Drittschuldner im Sinne von ZPO § 829 sind dabei die übrigen Miterben zu betrachten (RG 49, 405). Die Rechte des Nießbrauchers bestimmen sich nach §§ 1089, 1922 Abs 2, diejenigen des Pfandgläubigers nach § 1258. Sie hindern den Miterben an der einseitigen, sie benachteiligenden Verfügung über Erbteil und Nachlaßgegenstände (RJA 3, 154, zweifelnd Planck A 3), verpflichten den Erben gegenüber dem Pfandgläubiger, in Einziehung einer dem Erben überwiesenen Forderung zu willigen (RG 26. 3. 09 VII 450/08) und rechtfertigen die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuche, wenn der Miterbe bereits eingetragen ist, § 892 (RJA 6, 235, a. M. Achilles GO § 48 A 2). a) Voraussetzung der Verfügung ist Eintritt des Erbfalls (s. jedoch § 312 Abs 2) und Annahme der Erbschaft, die regelmäßig schon in der Verfügung selbst gelegen ist (§ 1943 A 1). Daß der Erbteil nur bedingt oder befristet angefallen ist, hindert die Verfügung nicht. Vorerben und Nacherben können deshalb vor Eintritt der Nacherbfolge über ihre Miterbenanteile verfügen (RG Gruch 52, 680). Ebenso Ersatzerben während des Schwebens der Bedingung. Die (dingliche) Wirkung ist jedoch bis nach Ablauf der Frist oder Eintritt der Bedingung hinausgeschoben. Bis dahin nur schuldrechtliche Bindung. b) Wirkung. Der Verfügende verliert nicht, der Erwerbende erlangt nicht (RG 64, 175) durch die Verfügung die Eigenschaft eines Miterben. Hiergegen Endemann JW 10, 89. Fortdauer der Haftung des Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten §§ 2058 ff. Dagegen geht die Befugnis zur Ausübung der dem Miterben zustehenden nicht höchstpersönlichen Rechte ausschließlich, im Falle der Bestellung des Nießbrauchs oder Pfandrechts wenigstens neben dem Miterben im vollen Umfange auf den Erwerber über. So insbesondere die Verwaltungs- und Verfügungsrechte §§ 2038 ff., das Recht auf Mitwirkung bei der Auseinandersetzung §§ 2042 ff., auf den Überschuß § 2047 Abs 1. Selbstverständlich mit dem Inhalte, mit dem diese Rechte dem Veräußerer zur Zeit der Verfügung noch zustanden. Nicht minder aber gehen auch die aus §§ 1978—1980 für jeden Miterben sich ergebenden Verpflichtungen auf den Erwerber über (§ 2036 A 2). Mängel im Recht des Verfügenden, z. B. Erbunwürdigkeit § 2344, Beschränkung durch Testamentsvollstrecker treffen auch den Erwerber. Vermehrungen des Erbrechts (durch Anwachsung usw.) kommen ihm „im Zweifel" nicht zugute (§ 2373). Die Verfügungsmacht endet mit Durchführung der Auseinandersetzung. Schuldenhaftung des Er-

werbers §§ 2036, 2382 ff. Gleichgültig ist, welches Grundrechtsgeschäft dem Verfügungsakte zugrunde liegt.

4. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Vertrags § 128, EG Art 141 FGG §§ 168—182. Nichtbeobachtung der Form wirkt Nichtigkeit § 125. Bereicherungsanspruch § 812. **RG** Gruch 52, 680 unterwirft auch die Verfügung des Nacherben über die (ihm allein zukommende) Nacherbschaft vor Eintritt der Nacherbfolge der Form. Stand bereits das Grundrechtsgeschäft unter dem gleichen Formenzwange (§§ 2371, 2385) und war die Beobachtung der Form dabei unterblieben, so kann zwar nicht wie in § 313 die formgerechte Verfügung den Mangel heilen (a. M. Strohal § 64 bei A 17). Doch wird hierin meist formgerechte Wiederholung des Grundgeschäfts zu erblicken sein (§ 141). Wohl aber heilt die formgerechte Verfügung Formmängel der vorausgegangenen Schenkung (§ 518 Abs 2). Genehmigung des Vormundschaftsgerichts §§ 1822 Nr 1, 1643 Abs 1, 1686.

5. Die negative Vorschrift des Abs 2 ist ergänzt durch die positive des § 2040 Abs 1, wonach mehrere Miterben (oder ihre Rechtsnachfolger) gemeinschaftlich auch **über einzelne Nachlaßgegenstände** (Sachen oder Rechte § 90) **verfügen** dürfen. Der einzelne Miterbe kann deshalb vor der Auseinandersetzung das Nachlaßgrundstück nicht belasten, auch keine Vormerkung auf seinen Anteil daran eintragen lassen (RJA 4, 253) und braucht Belastungen durch Dritte, ausgenommen zum Schutze des Anteilserwerbers (s. oben A 2 vor a) oder zur Sicherung des Befriedigungsrechtes aus § 2059 Abs 2 nicht zu dulden. Dagegen ist er nicht gehindert, sich in Beziehung auf einen einzelnen Nachlaßgegenstand schuldrechtlich zu verpflichten. Die Verfügung hierüber kann gemäß § 185 Abs 2 durch künftige Zuteilung des Gegenstandes wirksam werden. Sonst entbehren die gegen das Verbot des § 2033 Abs 2 getroffenen Verfügungen der dinglichen Wirkung (**RG** 61, 76).

4. Das Vorkaufsrecht ist zwar nicht selbständig übertragbar, geht aber mit Übertragung des Anteils gemäß § 2033 Abs 1 von selbst auf den Erben über. Die **Vererblichkeit** ist gegen die Regel des § 514 anerkannt.

§ 2034

Verkauft ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten [1]), so sind die übrigen Miterben zum Vorkaufe berechtigt [2]).

Die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts beträgt zwei Monate [3]). Das Vorkaufsrecht ist vererblich [4]).

E II 1908 P 5, 839—841; 6, 318, 319.

1. Das Vorkaufsrecht ist nur für den **Verkaufsfall**, nicht für andere Veräußerungsverträge (Tausch, Schenkung) gegeben. Noch weniger, wenn am Anteil bloß ein Pfand- oder Nießbrauchrecht bestellt ist. Der Verkauf muß ferner vom **Miterben**, oder im Falle des § 2037 durch seinen Rechtsnachfolger, also nicht im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter vorgenommen sein (§ 512). Er muß weiter **an einen Dritten**, d. h. an einen außerhalb der Erbengemeinschaft stehenden Fremden erfolgen. Daher kein Vorkaufsrecht, wenn ein Miterbe an den andern verkauft. Endlich muß es sich um den **Anteil** am Nachlasse, nicht um einzelne Nachlaßgegenstände (§ 2040 Abs 1) handeln.

2. Das **Vorkaufsrecht** steht zu **den übrigen Miterben** oder ihren Rechtsnachfolgern (§ 2033). Es wirkt insofern dinglich, als es unmittelbar gegen den Käufer und den weiteren Erwerber des Anteils geltend gemacht werden kann (§§ 2035, 2037). Im übrigen sind die Bestimmungen über das persönliche Vorkaufsrecht (§§ 504—514) ergänzend heranzuziehen. Hervorzuheben ist, daß das Recht mit Abschluß des Kaufvertrags entsteht (§ 504) und durch formlose Erklärung gegenüber dem verkaufenden Miterben (§ 505), nach Übertragung des Anteils gegenüber dem Käufer ausgeübt wird (§ 2035). Mehrere Erben können es nur im Ganzen, müssen es aber nicht notwendig alle ausüben. Unter Umständen kann es auch von einem einzigen Miterben geltend gemacht werden (§ 513). Die das Vorkaufsrecht ausübenden Miterben haften für den Kaufpreis als Gesamtschuldner (§ 427). Soweit sich durch den Vorkauf ihr bisheriger Anteil erhöht, sind §§ 1935, 2095 entsprechend anwendbar.

3. Die **Zweimonatsfrist** beginnt mit der Mitteilung des Vertragsinhalts an die einzelnen Vorkaufsberechtigten und läuft jedem besonders. Sie entspricht der gesetzlichen Frist beim Vorkaufsrecht an Grundstücken (§ 510). Sie läuft auch im Falle des § 2037 immer nur vom ersten Verkaufsfall. Berechnung der Frist §§ 187, 188.

§ 2035

Ist der verkaufte Anteil auf den Käufer übertragen, so können die Miterben das ihnen nach § 2034 dem Verkäufer gegenüber zustehende Vorkaufsrecht dem Käufer gegenüber ausüben. Dem Verkäufer gegenüber erlischt das Vorkaufsrecht mit der Übertragung des Anteils [1]).

Der Verkäufer hat die Miterben von der Übertragung unverzüglich zu benachrichtigen[2]).

E II 1909 P 5, 839—842; 6, 174 328.

1. Nach der Regel des § 505 wäre das Vorkaufsrecht durch formlose Erklärung gegenüber dem Verpflichteten, d. h. dem verkaufenden Miterben auszuüben, während es dem Dritten, dem Käufer gegenüber überhaupt keine Wirkung äußern würde. Hiervon abweichend gewährt das Vorkaufsrecht der Miterben eine dingliche, auch dem Käufer und seinen Rechtsnachfolgern (§ 2037) gegenüber wirksame Sicherung. Deshalb wird unterschieden, ob sich der verkaufende Miterbe durch den Kaufsabschluß nur erst schuldrechtlich zur Übertragung des Erbteils verpflichtet hat (§ 433). In diesem Falle bleibt es bei der Regel des § 505. Die Erben haben es nur mit dem verkaufenden Miterben zu tun und sind ihm nach den mit dem Dritten vereinbarten Bestimmungen als Käufer verpflichtet. Oder es ist bereits zur Erfüllung des Kaufes, zur **Übertragung des Anteils** mittelst der dinglichen Verfügung des § 2033 gekommen. Dann **erlischt** nach Satz 2 **gegenüber dem verkaufenden Miterben** jeder Anspruch. Es bleibt **nur der Anspruch gegen den Käufer.** Er geht auf „Übertragung des Anteils auf die Miterben" (§ 2036). Damit ist zugleich ausgesprochen, daß der verkaufte Anteil kraft Ausübung des Vorkaufsrechts den übrigen Miterben nicht schon ipso jure anfällt (OLG 9, 387, a. M. Dernburg V § 193, V). Ihrerseits sind die Miterben dem Käufer zur Erstattung des gezahlten Kaufpreises und zur Befreiung von etwa übernommenen Verbindlichkeiten und zwar gesamtschuldnerisch (§ 427) verpflichtet.

2. Daß der verkaufende Miterbe zur unverzüglichen Mitteilung (§ 121) des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags verpflichtet ist und daß dieser Mitteilungspflicht auch durch den Dritten genügt werden kann, verordnet bereits § 510 Abs 1. Der Empfang dieser Mitteilung ist entscheidend für den Lauf der zweimonatigen Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts (§ 2034, A 3). Die dem **Verkäufer** ferner auferlegte Verpflichtung, **die Miterben von der geschehenen Übertragung unverzüglich zu benachrichtigen,** soll sie nur darüber aufklären, daß sie von jetzt ab nur noch mit dem Käufer zu tun haben und nur diesem gegenüber die Frist wahren können. Bei der Gleichheit der Formvorschriften in §§ 2033 Abs 1 und § 2371 wird Vertrag und Verfügung meist zusammenfallen, sodaß es nur einer Mitteilung des Verkäufers bedarf.

§ 2036

Mit der Übertragung des Anteils auf die Miterben wird der Käufer von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten frei[1]). **Seine Haftung bleibt jedoch bestehen, soweit er den Nachlaßgläubigern nach den §§ 1978 bis 1980 verantwortlich ist; die Vorschriften der §§ 1990, 1991 finden entsprechende Anwendung**[2]).

E II 1910 P 5, 839—842; 6, 328.

1. Nach §§ 2382, 2383 geht die **Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten** schon mit Abschluß des Kaufes — also nicht erst mit Übertragung des Anteils — auf den Käufer über. Von dieser Haftung wird er, falls es bereits zur Übertragung gekommen war, durch (Rück-) Übertragung an die Miterben befreit, die vom Vorkaufsrecht ihm gegenüber (§ 2035) Gebrauch machen. War nur erst ein Kauf geschlossen, so wird der Käufer mit dem Augenblicke befreit, wo der verkaufende Miterbe in Erfüllung des Vertrags, der nach § 505 Abs 2 zwischen ihm und den andern Erben zu stande kommt, diesen den Anteil überträgt. Der Käufer wird, abgesehen von Satz 2, von jeder Haftung befreit, auch wenn er vermöge eines nur in seiner Person liegenden Umstandes unbeschränkt haftbar geworden sein sollte (z. B. nach §§ 1994, 2006, ZPO § 780 Abs 1). Doch geht in diesem Falle die erhöhte Haftung in Ansehung des hinzuerworbenen Anteils auf die das Vorkaufsrecht ausübenden Miterben über (§ 2007).

2. Solange der Käufer auf Grund einer Verfügung gemäß § 2033 der Erbengemeinschaft angehört, hat er auch die den Miterben obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen. Hierzu gehört ordnungsmäßige Verwaltung, Sorgsamkeit in der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten, unter Umständen rechtzeitige Herbeiführung des Nachlaßkonkurses (§§ 1978 bis 1980). Die durch Verletzung dieser Verpflichtung entstehenden **Eigenverbindlichkeiten des Käufers** (§ 1978 A 4) bleiben bestehen und zwar auch dann, wenn sie im Falle des dürftigen Nachlasses nicht als zum Nachlasse gehörend gelten. Nur dies will die Verweisung auf §§ 1990, 1991 besagen. Denn von einer Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß im Sinne dieser Paragraphen kann bei einem Käufer, der sich des gekauften Anteils bereits wieder entledigt hat überhaupt nicht die Rede sein. Soweit der Käufer mit derartigen Eigenverbindlichkeiten haftet, kann er von den Nachlaßgläubigern unmittelbar in Anspruch genommen werden (a. M.

Strohal bei Planck A 1). — Wegen seiner **Aufwendungen** für den Nachlaß steht dem Käufer nach allgemeinen Grundsätzen der Erstattungs- oder Bereicherungsanspruch gegen die Miterben zu (§§ 683, 670, 812). Geeignetenfalls kann er auch das Zurückbehaltungsrecht am Anteile geltend machen (§ 273 Abs 2).

§ 2037

Überträgt der Käufer den Anteil auf einen andern, so finden die Vorschriften der §§ 2033, 2035, 2036 entsprechende Anwendung [1]).

E II 1911 P 5, 839—841; 6, 318, 319, 328.

1. Der Käufer des Erbanteils kann seinerseits wieder hierüber dinglich verfügen (§ 2033), hat aber gleichfalls die Benachrichtigungspflicht aus § 2035 Abs 2. Auch gegenüber dem zweiten und den ferneren Erwerbern sind die Miterben, jedoch im ganzen nur einmal zur Ausübung des Vorkaufsrechts befugt (§ 2035 Abs 1). In diesem Falle werden alle vorangehenden Erwerber von der Schuldenhaftung befreit (§ 2036). Die Zweimonatsfrist des § 2034 Abs 2 läuft den Miterben jedoch nur vom ersten Verkaufsfalle ab (abweichend § 1097) und erlischt durch Nichtausübung oder durch Verzicht gegenüber einem Erwerber auch gegen die späteren Erwerber. Das einmal ausgeübte Vorkaufsrecht bleibt auch den Rechtsnachfolgern des Erklärungsempfängers gegenüber wirksam (a. in rem scripta Prot. 6, 319; a. M. Planck A 3). Doch muß ihnen auch ein dem § 1100 entsprechendes Zurückbehaltungsrecht zugestanden werden.

§ 2038

Die Verwaltung des Nachlasses steht den Erben gemeinschaftlich zu [1]). Jeder Miterbe ist den andern gegenüber verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind [2]); die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln kann jeder Miterbe ohne Mitwirkung der andren treffen [3]).

Die Vorschriften der §§ 743, 745, 746, 748 finden Anwendung [4]). Die Teilung der Früchte erfolgt erst bei der Auseinandersetzung [5]). Ist die Auseinandersetzung auf längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen, so kann jeder Miterbe am Schlusse jedes Jahres die Teilung des Reinertrags verlangen [6]) [7]).

E II 1912 P 5, 861, 862.

1. Die **gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses** setzt begrifflich eine gewisse Dauer voraus. Sie steht im Gegensatz zur Verfügung §§ 2033, 2040 Abs 1 (obwohl sich zu Verwaltungszwecken auch Verfügungen nötig machen können), zu wesentlichen Veränderungen § 745 Abs 3 und zur Versilberung des Nachlasses § 2046 Abs 3. Für die **Verwaltungsgemeinschaft** ist nur Raum, wenn die Verwaltung nicht einem Nachlaßverwalter § 1984, Konkursverwalter KO § 6 oder Testamentsvollstrecker § 2205 zusteht. Durch letztwillige Verfügung (§§ 2044, 2048, auch in Form der Auflage § 1940) kann die Verwaltung anderweit geregelt, auch nur einem oder mehreren Miterben übertragen sein, § 710. Doch bleiben die Erben, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, hieran nicht gebunden, § 712. Der an einzelne Miterben erteilte Verwaltungsauftrag ist jederzeit widerruflich und kündbar, § 671. Über Verwaltungsstreitigkeiten ist nach bestimmt zu förmelnden Klaganträgen im Prozeßwege zu entscheiden, § 745 Abs 2.

2. Die **Mitwirkung** ist nicht bloß Zustimmung (§ 744), erfordert vielmehr nach Umständen auch tätiges und rechtsgeschäftliches Handeln. Im Zweifel haften daraus die Miterben als Gesamtschuldner (§ 427) mit dem eigenen Vermögen. Untereinander haben sie sich über die geführten Geschäfte Auskunft zu erteilen, nach Befinden Rechenschaft zu legen (§§ 681, 666), sich Treu und Glauben zu halten (s. auch RG 63, 285). Sie haften für Verschulden nach §§ 276, 278. Ersatzansprüche an den Nachlaß sind, sobald es der Stand des Nachlasses gestattet, spätestens bei der Auseinandersetzung auszugleichen (§ 2046). Die **ordnungsmäßige Verwaltung** (vgl. auch §§ 745, 1374, 1472, 2120, 2130, 2206, 2216) besteht insbesondere in der Besitznahme, Verwahrung und Sicherung des Nachlasses, Instandhaltung, Regelung des Gebrauchs und Nutzbarmachung fruchtbringender Sachen, Versicherung der Erbschaftssachen, soweit dies nach den Verhältnissen üblich ist, Klarstellung bestrittener Rechtsverhältnisse, Einziehung gefährdeter Außenstände, Belegung verfügbarer Kapitalien usw. Zur Kündigung einer Nachlaßforderung ist der einzelne Miterbe nicht berechtigt (RG 65, 5). Antrag auf Erbschein § 2357.

3. **Dringliche Maßregeln** wie bei der Gemeinschaft § 744 Abs 2. Ebenso wenn mehrere Testamentsvollstrecker bestellt sind (§ 2224 Abs 2). Die Zustimmung der Miterben gilt als im voraus erteilt. Der handelnde Miterbe verpflichtet insoweit im Zweifel zugleich die Gemeinschaft.

4. § 743: unentziehbares Recht zum Mitgebrauch der Nachlaßgegenstände. § 745: Regelung der Verwaltung und Benutzung durch Stimmenmehrheit nach der Größe der Erbteile, somit ohne Rücksicht auf das Ergebnis der Ausgleichungsflicht §§ 2050 ff, soweit es nicht jetzt schon zu übersehen ist (a. M. Dernburg § 177 A 7). Kein Stimmrecht im Falle widerstreitender Interessen (Bay OLG im Recht 05, 344[1579]). Sonst Entscheidung nach billigem Ermessen. Zur Einwilligung in Fortführung eines Handelsgeschäfts und damit zur Übernahme neuer über den Rahmen des HGB § 149 hinausgehender Verbindlichkeiten kann der widerstrebende Miterbe auch nicht durch Stimmenmehrheit genötigt werden (§ 2042 Abs 1). § 746: Wirkung für und gegen den Sondernachfolger. § 748: Verpflichtung zur anteiligen Tragung der Lasten und Kosten. Sie beschränkt sich jedoch auf die im Nachlaß vorhandenen bereiten Mittel und begründet keine Vorschußpflicht. Denn als einer Nachlaßverbindlichkeit („den Erben als solchen treffend" § 1967) kann ihre Berichtigung aus dem eignen Vermögen bis zur Teilung von jedem Miterben verweigert werden, § 2059 Abs 1.

5. Abweichend von § 743 Abs 1 ist **Teilung der Früchte** hinausgeschoben bis zur Auseinandersetzung (§§ 2042 ff). Erst dann kann übersehen werden, ob dem einzelnen Miterben mit Rücksicht auf Ausgleichungsposten und Schulden an den Nachlaß überhaupt etwas zukommt.

6. Vorausgesetzt ist, daß die **Auseinandersetzung** nach § 2044 durch letztwillige Verfügung oder durch Vereinbarung der Erben **auf länger als ein Jahr ausgeschlossen** ist. Der Teilungsanspruch entsteht nicht schon dadurch, daß sich die Auseinandersetzung über Jahresfrist verzögert. Ist die Auseinandersetzung ausgeschlossen, so wird die Regel des § 743 Abs 1 wiederhergestellt, wiewohl unter Beschränkung auf den **Reinertrag**, also der Früchte nach Abzug der Gewinnungskosten.

7. Eine **gegenseitige Auskunftspflicht der Miterben** als solcher ist vom Gesetz ausdrücklich nicht anerkannt und vom **RG** Gruch 48, 973 abgelehnt. Die Praxis scheint sie und zwar mit der Folge der Offenbarungseidspflicht aus §§ 260, 261 nicht entbehren zu können. Da die sonst etwa in Betracht kommenden §§ 1994, 2027, 2028, sowie §§ 681, 666, 260, wenn nicht ihre besonderen Voraussetzungen gegeben sind, sämtlich versagen, so fragt sich, ob die Pflicht, zu Maßregeln ordnungsmäßiger Verwaltung mitzuwirken, nicht auch die Mitwirkung zur Aufstellung eines richtigen und vollständigen Nachlaßverzeichnisses und damit zur Auskunft über alle dem einzelnen Miterben bekannten Nachlaßgegenstände, also auch die bei ihm selbst etwa ausstehenden Nachlaßforderungen in sich begreift. Jedenfalls schreibt das Gesetz sonst als ersten Akt einer beginnenden Verwaltung überall die Bestandsermittelung vor. So für Gewalthaber und Vormund §§ 1640, 1686, 1802, für den Annehmenden § 1760, für den Nachlaßpfleger und Nachlaßverwalter §§ 1960, 1985, 1802, 1915, für den Testamentsvollstrecker § 2215 (vgl. auch §§ 1372, 2121). Die unbestrittene gegenseitige Haftung der Miterben aus § 276 dürfte jeden von ihnen dazu nötigen, den andern Beteiligten nach dem Maße seiner Wissenschaft denjenigen erschöpfenden Überblick über den Aktivbestand des Nachlasses zu verschaffen, ohne welchen die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten im Rahmen der durch §§ 1978 bis 1980, 1990—1992, 2046 Abs 1, 2 den Erben auferlegten Verantwortung unmöglich und eine zuverlässige Grundlage für die Auseinandersetzung nicht vorhanden ist.

§ 2039

Gehört ein Anspruch zum Nachlasse[1]), so kann der Verpflichtete nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten und jeder Miterbe nur die Leistung an alle Erben fordern[2]). Jeder Miterbe kann verlangen, daß der Verpflichtete die zu leistende Sache für alle Erben hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert[3]).

E II 1913 P 5, 843, 862—865.

1. **Der zum Nachlasse gehörende Anspruch** (vgl auch §§ 2019, 2041, 2144 Abs 1, 2383 Abs 1 Satz 2) kann dinglicher oder persönlicher Art sein. Hierzu gehört auch der Erbschaftsanspruch §§ 2018 ff. Immerhin muß es sich um einen Anspruch im Sinne von § 194, somit um Geltendmachung eines Rechtes handeln, von einem andern ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu verlangen. Daran fehlt es, solange sich die Miterben nur erst in einer Rechtslage befinden, kraft deren es noch von ihrer Entschließung abhängt, ob und welche Rechte

sie in Anspruch nehmen und ob sie sich dafür unter Umständen auch entsprechenden Verpflichtungen unterwerfen wollen. Deshalb können Rücktrittsrechte, Wahlrechte, Wiederkaufs- und Vorkaufsrechte (außer im Falle des § 2034 A 2), Anfechtungsrechte (außer auf Grund des Anfechtungsgesetzes), Rechte auf Wandelung oder Minderung, der Widerruf der Schenkung nur von allen Erben und gegen alle gemeinschaftlich ausgeübt werden. Auch zur Kündigung einer Forderung ist der einzelne Erbe nicht befugt (RG 65, 5); Kündigung gegen einzelne Erben RG 71, 369. Wohl aber kann er, wie durch Klageerhebung so auch durch Mahnung den Schuldner in Verzug setzen.

2. Daß sich der Nachlaßschuldner nur durch **Erfüllung an die Erbengemeinschaft** befreien kann, folgt schon aus §§ 2032, 2033, 2040. Am Erfüllungsort wird durch den Erbfall nichts geändert. Befreiung durch Leistung an den durch Erbschein ausgewiesenen Erben § 2367. Dagegen ist der Grundsatz der gesamten Hand bei der Erbengemeinschaft und allen sonstigen gesamthänderischen Rechtsverhältnissen (RG in JW 00, 553[5] und 05, 146[28]) durch Gewährung eines **Individualklagerechtes** an die einzelnen Gemeinschafter durchbrochen. Es begreift auch die Feststellungsklage (RG JW 05, 146[28]) sowie die Betreibung der Zwangsvollstreckung und von Arresten in sich. Geht der Klagantrag des Miterben über den nach dem Gesetze zulässigen Inhalt hinaus, fordert er insbesondere Leistung an seine Person (ohne hierzu von den übrigen Erben ermächtigt zu sein, RG Warn 08 Nr 651), so kann die Verurteilung von Amts wegen entsprechend eingeschränkt und dadurch Klagabweisung vermieden werden. So in einem landrechtlichen Falle RG 30. 5. 07 IV 503/06. Das Klagerecht steht auch zu, wenn den Erben eine Gegenleistung obliegt, die Kläger allein nicht beschaffen kann (a. M. Dernburg V § 177 A 15). Doch kann er nur Verurteilung gemäß § 322 erreichen. Gegenstand des Rechtsstreites ist die ganze geforderte Leistung. Dies schließt nicht aus, den Wert des Streitgegenstandes nur nach dem wirtschaftlichen Interesse des klagenden einzelnen Erben, also entsprechend seinem Erbanteil zu bestimmen (RG 13. 1. 08 IV 264/07). Das ergehende Urteil wirkt R e c h t s k r a f t nur unter den Parteien. Keinesfalls ist der klagende Erbe Vertreter der Miterben, er klagt lediglich in eigenem Namen und unterbricht deshalb durch Klagerhebung nicht die V e r j ä h r u n g zugunsten der übrigen Erben (so auch § 432 Abs 2). Ebensowenig ist die Frist für Vollendung der Verjährung im Falle des § 207 allen Erben gegenüber schon von dem Zeitpunkte ab zu rechnen, wo der erste die Erbschaft angenommen hat. Ist ein M i t e r b e z u g l e i c h N a c h l a ß s c h u l d n e r, so ist auch ihm gegenüber, da Konfusion nicht eintritt (§ 2032 A 3), jeder andere Erbe grundsätzlich klageberechtigt. Doch bleibt dem Beklagten der Einwand, daß das Zahlungs- oder Hinterlegungsverfahren, statt ihm nachzulassen, die Schuld bei der Auseinandersetzung auf das Erbteil anzurechnen, unbillig, arglistig oder schikanös sei, wenn nicht besondere Gründe für die Einklagung (Notwendigkeit von Deckungsmitteln für Nachlaßschulden, Unsicherheit der geklagten Forderung) geltend gemacht werden können (RG 65, 5). Dagegen keine derartigen Einwendungen des Miterbenschuldners gegen die Klage des Nachlaßverwalters RG 72, 262.

3. **Hinterlegung** §§ 372 ff. Inwieweit sich Sachen zur Hinterlegung eignen kann durch Landesgesetz bestimmt werden, EG Art 146. Der V e r w a h r e r wird von dem Amtsgericht bestimmt, in dessen Bezirk sich die Sache befindet, FGG § 165.

§ 2040

Die Erben können über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen¹).

Gegen eine zum Nachlasse gehörende Forderung kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung aufrechnen²).

E II 1914 P 5, 865, 866.

1. **Gemeinschaftliche Verfügung über Nachlaßgegenstände.** Abs 1 ergänzt, übereinstimmend mit § 747 positiv die negative Bestimmung des § 2033 Abs 2. Im Zusammenhang hiermit fordert § 747 ZPO zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ein gegen alle Erben ergangenes Urteil. N a c h l a ß g e g e n s t a n d begreift Sachen und Rechte (§ 90). Begriff der V e r f ü g u n g § 2033 A 3. Hierzu gehört die Kündigung einer Nachlaßforderung (RG 65, 6), ebenso das Anerkenntnis (RG JW 02 Beil 208). Auch die Ermächtigung eines Dritten, über Nachlaßgegenstände zu verfügen, muß von allen Erben erteilt sein (RG 67, 27). Die von einem einzelnen Erben getroffene Verfügung kann wirksam werden nach § 185 oder dadurch, daß der Dritte nach §§ 932 ff. gutgläubig erwirbt. Insoweit die Annahme der geschuldeten Leistung eine Verfügung enthält, folgt schon aus § 2039 A 2, daß nur Erfüllung an sämtliche Erben befreit. Auch wenn es sich um eine g e g e n ü b e r d e r E r b e n g e m e i n s c h a f t zu treffende Verfügung handelt (Kündigung, Anfechtung usw.) kann sie nur

Wirkung äußern, wenn sie allen Erben gegenüber erfolgt ist. Dagegen ist kein Miterbe daran gehindert, sich in Beziehung auf einen Nachlaßgegenstand schuldrechtlich zu verpflichten, ihn z. B. zu verkaufen. Befugnis des Erbeserben, den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Erbschaft auszuschlagen, § 1952 Abs 3. Über den Nachlaß im Ganzen können die Miterben ebensowenig verfügen wie der Alleinerbe. Wohl aber kann jeder Miterbe gemäß § 2033 Abs 1 die gleiche Verfügung über seinen Anteil treffen und dadurch denselben Erfolg herbeiführen.

2. Entsprechend bei der Gesellschaft § 719 Abs 2 und der allgemeinen Gütergemeinschaft § 1442 Abs 2. Die **Aufrechnung** wird auch dadurch nicht wirksam, daß ihr der einzelne Miterbe zustimmt, da hierin gleichfalls eine Verfügung über die Nachlaßforderung enthalten wäre (§ 1977 A 4). Dagegen ist der nach § 2039 von einem Miterben belangte Nachlaßschuldner nicht gehindert, diesem gegenüber mit einer Forderung gegen den Nachlaß aufzurechnen. Dem Nachlaßschuldner ist auch nicht die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes an einer gegen einen Miterben ihm zustehenden Forderung gestattet.

§ 2041

Was auf Grund eines zum Nachlasse gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlaß bezieht, gehört zum Nachlasse[1]). Auf eine durch ein solches Rechtsgeschäft erworbene Forderung findet die Vorschrift des § 2019 Abs. 2 Anwendung[2]).

E II 1915 P 5, 866, 867.

1. Vermöge der **dinglichen Surrogation** wird ohne weiteres Bestandteil des Nachlasses oder des gemeinschaftlichen Vermögens der Erben, was a) auf Grund eines Rechtes, z. B. durch Erfüllung einer Schuld an den Nachlaß, b) als Ersatz für Nachlaßgegenstände, Sachen und Rechte, c) durch Rechtsgeschäft für den Nachlaß erworben wird. Dieselben Grundsätze gelten für das Gesamtgut (§ 1473) und beim Erbschaftskauf (§ 2374), während beim Erbschaftsanspruch (§ 2019) und bei der Nacherbschaft (§ 2111) entscheidend ist, ob der rechtsgeschäftliche Erwerb mit Mitteln der Erbschaft erfolgt. Demnach gehört auch zum Nachlasse, was ein Miterbe mit eigenen Mitteln für den Nachlaß erworben hat, dafern sich das den Erwerb vermittelnde Rechtsgeschäft auf den Nachlaß bezieht. Diese Beziehung wird häufig von selbst gegeben sein, z. B. wenn ein Nachlaßgegenstand gegen Entgelt veräußert wird. In Zweifelsfällen hängt es aber von der Willensrichtung des rechtsgeschäftlich tätig werdenden Erben ab, ob er für sich oder für den Nachlaß erwerben will, z. B. bei Anschaffung von Maschinen, die im Fortbetriebe der Landwirtschaft oder des Gewerbes Verwendung finden sollen. Hat er hierzu eigene Mittel verwendet, so ist er nach §§ 1978, 1991 ersatzberechtigt. Umgekehrt wird er den Miterben ersatzpflichtig, wenn er mit Mitteln des Nachlasses (z. B. durch Verkauf eines Nachlaßgegenstandes an den gutgläubigen Dritten) für sich selbst erworben hat. Auch die Surrogate sind als Nachlaßgegenstände der Verfügungsmacht des einzelnen Erben entzogen (§ 2033) und sind Gegenstände der Verwaltung und Auseinandersetzung. — Soweit ein Miterbe als Erbschaftsbesitzer in Betracht kommt (§ 2018 A 1), bestimmt sich der durch ihn vermittelte rechtsgeschäftliche Surrogatserwerb zugleich nach § 2019, wonach lediglich entscheidet, ob hierzu Mittel des Nachlasses verwendet sind.

2. Vgl. § 2019 A 3 und 4.

§ 2042

Jeder Miterbe kann jederzeit die Auseinandersetzung[1]) verlangen, soweit sich nicht aus den §§ 2043 bis 2045 ein anderes ergibt[2]).

Die Vorschriften des § 749 Abs. 2, 3 und der §§ 750 bis 758 finden Anwendung[3]).

E II 1916 P 5, 881, 882.

1. Die **Auseinandersetzung** dient dazu, wie bei andern Gesamthandverhältnissen (Gesellschaft §§ 730 ff., Gütergemeinschaft §§ 1471) das gemeinschaftliche Erbvermögen (§ 2032) in das Privatvermögen der einzelnen Miterben überzuführen. Dabei erfolgt die vorgängige Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2046) sowie die Ausgleichung der Vorempfängnisse §§ 2050 ff. und gewisser sonstiger unter den Erben bestehender Verbindlichkeiten. Sie wird gegenstandslos, wenn alle Erben ihre Anteile an einen Miterben oder an einen Dritten veräußert haben. Der Rechtsnachfolger eines einzelnen Erben (§ 2033) nimmt an seiner Stelle an der Auseinandersetzung teil. Sie kann sich darauf beschränken, nur einzelne Erben abzufinden, so daß diese aus der Erbengemeinschaft ausscheiden, während sie unter

den übrigen fortbesteht und ist deshalb auch ein geeignetes Mittel, Erbprätendenten, für den Fall, daß sie doch Erben sein sollten, zu befriedigen, sodaß sie wenigstens schuldrechtlich an späterer Geltendmachung ihres Erbrechts verhindert sind (RG Warn 09 Nr 512). Sie kann auch gegenständlich dadurch beschränkt werden, daß einzelne Nachlaßgegenstände unter den Erben vorweg aufgeteilt werden. Grundsätzlich ist das Verlangen auf Auseinandersetzung des ganzen Nachlasses zu richten. Ist es auf Vorwegverteilung flüssiger Bestände beschränkt, so bedarf es des Nachweises besonderer dies rechtfertigender Umstände. Das Auseinandersetzungsverfahren ist, soweit nicht die Aufteilung einzelner Gegenstände gewissen Formvorschriften unterliegt, z. B. bei Grundstücken § 313 oder Auflassung in Frage kommt (RG 57, 432), an eine Form nicht gebunden. Die Auseinandersetzung liegt in erster Linie dem Testamentsvollstrecker ob, § 2204. Ist ein solcher nicht bestellt oder fehlt ihm die Befugnis hierzu (§ 2208), so läßt auf Antrag das Nachlaßgericht in einem besonders geregelten Verfahren seine Mitwirkung eintreten, FGG §§ 86—98, 192, 193. Steht ein Miterbe unter Vormundschaft oder Pflegschaft, so bedarf der Erbteilungsvertrag der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1822 Nr 2) oder an seiner Stelle in den Fällen der §§ 88, 97 FGG des Nachlaßgerichts. Der Vater bedarf nach § 1643 der Genehmigung nur, soweit es sich bei der Auseinandersetzung um Rechtsgeschäfte im Sinne der §§ 1821 Nr 1—3, 1822 Nr 3 handelt. Zur Auseinandersetzung ist im gesetzlichen Güterstande die Zustimmung des Mannes (§ 1395), wenn aber der Erbteil zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft gehört, nicht Zustimmung der Frau erforderlich, auch nicht, wenn Grundstücke zum Nachlaß gehören (RJA 4, 117). Nach einmal durchgeführter Auseinandersetzung kann die Erbengemeinschaft auch nicht durch Vereinbarung der Erben wieder in Kraft gesetzt werden. Dagegen ist denkbar, daß sie an gewissen vorerst ungeteilt gelassenen Nachlaßbestandteilen (z. B. Handelsgeschäft) noch weiter bestehen bleibt. Vgl. auch §§ 2059 A 2, 2044 A 1, 2046 A 2.

2. Des Rechtes, die Erbengemeinschaft **jederzeit aufzuheben** (§ 749 Abs 1), also auch zur Unzeit (§ 723 Abs 2), kann der Miterbe, abgesehen von §§ **2043—2045** nur durch letztwillige Verfügung oder durch Vereinbarung und nur in den Grenzen der §§ 2044, 749 Abs 2, 3 verlustig gehen. Danach kann von jedem Erben aus „wichtigen Gründen" oder beim Tode eines Miterben (§ 750), ebenso von dem Gläubiger, der die Pfändung eines Erbteils erwirkt hat (§ 751) oder vom Verwalter im Konkurse des Miterben (KO § 16) die Auseinandersetzung jederzeit verlangt werden. Davon abgesehen sind an die einmal getroffene Vereinbarung auch die Sondernachfolger eines Miterben aus § 2033 gebunden (§ 751).

3. Die **Durchführung der Teilung** ist nicht, wie bei der a. familiae erciscundae dem Richter mit der Ermächtigung, von sich aus Rechte zu begründen, überlassen. Sie erfolgt vielmehr nach gesetzlichen der Bruchteilsgemeinschaft entnommenen Regeln, soweit sich die Erben nicht über eine andere Art der Teilung einigen oder durch letztwillige Anordnungen gebunden sind (§§ 2048f). Im Streitfall hat der Prozeßrichter durch deklaratives Urteil die Teilung vorzunehmen. Sache der Parteien ist es, die dem Gesetze entsprechenden Anträge und Hilfsanträge zu stellen, wobei aber die Unterstützung durch den Richter nach ZPO § 139 besonders geboten ist. Die Annahme, daß der Erbauseinandersetzungsanspruch nur gegen sämtliche Miterben verfolgt werden dürfe (RG JW 04, 61[18]), ist in RG 23. 1. 05 IV 298/04 (ZBlFG 5, 792) dahin eingeschränkt, daß der nur von einem oder einzelnen Erben auf Feststellung und Auseinandersetzung belangte Miterbe (und Nachlaßschuldner) sich nur ausnahmsweise bei schikanöser oder seine Verteidigung erschwerender Rechtsverfolgung mit der Einrede der mehreren Streitgenossen verteidigen kann. Im einzelnen ergeben die angezogenen Gesetzesstellen folgende Grundsätze. § 752: Naturalteilung der Nachlaßgegenstände (Sachen und Rechte), § 753: Ist Naturalteilung ausgeschlossen, Versteigerung insbesondere der Nachlaßgrundstücke, ZVG §§ 180ff. (RG 52, 174) und Teilung des Erlöses, vgl. auch GBO §§ 37, 99, § 754: Teilung in Natur, Einziehung oder Versteigerung der Außenstände (RG 65, 7), § 755: Vorwegberichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2046), § 756: ebenso der unter den Erben bestehenden Schuldverhältnisse, soweit sich die Forderungen auf die Erbengemeinschaft gründen. Hierzu gehören die bereits vor dem Erbfall zwischen Erblasser und Miterben entstandenen Schuldverhältnisse. Der zahlungsunfähige Schuldner-Miterbe braucht sich jedoch seine Schuld — die auch als Aktivum des Nachlasses nur mit ihrem wahren wirtschaftlichen Werte, nach Befinden also mit Null einzustellen ist — nur anteilig und nur zum eingestellten Nennbetrage auf seinen Anteil anrechnen zu lassen. Ferner sind vorweg zu erledigen Ersatzansprüche wegen Aufwendungen für den Nachlaß (§§ 2038 A 2) oder Ersatzverbindlichkeiten des Erben (§ 2041 A 1), die Ausgleichung der Pflichtteilsansprüche (§§ 2305, 2326), nicht aber sonstige persönliche unter den Erben bestehende Schuldverhältnisse. Ausgleichung von Vorempfängnissen §§ 2050ff. Absonderungsrecht im Konkurse des Miterben KO § 51. § 757: Gegenseitige Gewährleistungspflicht, § 758: Unverjährbarkeit des Auseinandersetzungsanspruchs.

§ 2043

Soweit die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben noch unbestimmt sind, ist die Auseinandersetzung bis zur Hebung der Unbestimmtheit ausgeschlossen[1]).

Das Gleiche gilt, soweit die Erbteile deshalb noch unbestimmt sind, weil die Entscheidung über eine Ehelichkeitserklärung, über die Bestätigung einer Annahme an Kindes Statt oder über die Genehmigung einer vom Erblasser errichteten Stiftung noch aussteht[2])[3]).

E I 2154 E II 1917 M 5, 690, 691 P 5, 883—885.

1. Der nasciturus kann, wenn er z. Z. des Erbfalls bereits erzeugt war, Erbe werden, § 1923 Abs 2. Nur „soweit" durch die zu erwartende Geburt die Erbteile unbestimmt werden, ist die Auseinandersetzung ausgeschlossen. Es besteht deshalb kein Hindernis, sie im allgemeinen durchzuführen, wenn von der Geburt z. B. nur die Anzahl und Höhe der Kopfteile eines Erbstammes beeinflußt wird. Dann bleibt die Erbengemeinschaft nur in Ansehung der diesem Stamme zugeteilten Nachlaßgegenstände bestehen. Dem nach § 1912 bestellten Pfleger oder dem Gewalthaber des nasciturus steht die Teilnahme an der Verwaltung (§ 2038) zu.

2. **Ehelichkeitserklärung** §§ 1723 ff., **Annahme an Kindes Statt** §§ 1741 ff. In beiden Fällen hat die Verfügung oder Bestätigung, wenn sie nach dem Tode des Vaters oder des Annehmenden erfolgt, rückwirkende Kraft, §§ 1733, 1753. Die Vorschrift gilt auch, wenn es sich um die Abkömmlinge nicht des Erblassers, sondern eines Dritten handelt (§ 2070). Bezüglich der **Stiftung** ist gleichgültig, ob sie vom Erblasser durch Stiftungsgeschäft unter Lebenden (§ 81) oder durch Verfügung von Todes wegen (§ 83) errichtet ist, nur wird vorausgesetzt, daß die Stiftung vor der nach §§ 80, 84 erforderlichen Genehmigung zu Erben eingesetzt ist. Nach EG Artt 86, 87 gilt das Gleiche, wenn die Erbeinsetzung juristischer Personen oder der Mitglieder religiöser Orden usw. nach Landesrecht von staatlicher Genehmigung abhängt.

3. Andere Fälle bestehender Unbestimmtheit, z. B. Verschollenheit eines Miterben, Möglichkeit der Ausschlagung, rechtfertigen den Aufschub nicht. Dem Bedürfnis wird durch Bestellung eines Nachlaßpflegers (§ 1960) abgeholfen. Solange die Unbestimmtheit dauert, kann Erbschein nicht erteilt werden, § 2353 A 5. — Eine dem Gesetze zuwider vorgenommene Auseinandersetzung hat keine Nichtigkeit aus § 134 zur Folge. Mit Rücksicht auf § 2042 Abs 1 kann § 2043 nicht als zwingendes Verbot, sondern nur so verstanden werden, daß das jedem Miterben an sich jederzeit zustehende Verlangen bis zur Hebung der Unbestimmtheit nicht gestellt werden darf. Sind alle Beteiligte einschließlich des Vertreters der Leibesfrucht usw. mit der Auseinandersetzung einverstanden, so bleiben auch die darauf beruhenden dinglichen Wirkungen voll wirksam. War bei der Auseinandersetzung der nachgeborene usw. Miterbe gänzlich übergangen, so hilft ihm der Erbschaftsanspruch aus §§ 2018 ff zu seinem Rechte.

§ 2044

Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände ausschließen oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig machen[1]). Die Vorschriften des § 749 Abs. 2, 3, der §§ 750, 751 und des § 1010 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung[2]).

Die Verfügung wird unwirksam, wenn dreißig Jahre seit dem Eintritte des Erbfalls verstrichen sind. Der Erblasser kann jedoch anordnen, daß die Verfügung bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses in der Person eines Miterben oder, falls er eine Nacherbfolge oder ein Vermächtnis anordnet, bis zum Eintritte der Nacherbfolge oder bis zum Anfalle des Vermächtnisses gelten soll. Ist der Miterbe, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person, so bewendet es bei der dreißigjährigen Frist[3]).

E I 2153 II 1918 M 5, 688—690 P 5, 882, 883.

1. Die **letztwillige Verfügung des Erblassers** schließt die Auseinandersetzung aus unter denselben Beschränkungen, wie die Vereinbarung der Miterben, § 2042 A 2. Die Verfügung kann durch Testament (§ 1937), aber auch einseitig im Erbvertrag (§ 2299) getroffen werden. Vertragsmäßig nur dann (§ 2278 Abs 2), wenn das Teilungsverbot als Auflage,

d. h. die Erben nur verpflichtend, nicht auch berechtigend aufzufassen ist, § 1940. Immerhin können auch in diesem Falle die Miterben gemäß § 2194 Vollziehung der Auflage, d. h. Aufschub der Auseinandersetzung verlangen. In jedem Falle bindet das Teilungsverbot die Erben nur schuldrechtlich. Mit allseitiger Übereinstimmung können sie deshalb trotz des Verbots die Auseinandersetzung vornehmen (a. M. Dernburg V § 178 A 14), wenn nicht ein Testamentsvollstrecker bestellt ist (§§ 2203, 2204). Geeignetenfalls (z. B. Verbot des Verkaufs einer dem Publikum geöffneten Sammlung) kann nach § 2194 auch die zuständige Behörde Befolgung des Verbotes verlangen. Das Verbot kann sich auf den ganzen Nachlaß oder nur auf einzelne Nachlaßgegenstände (Sachen oder Rechte § 90) oder einen Inbegriff von solchen (§ 260) erstrecken. Auch in letzterem Falle bleibt die Erbengemeinschaft im Sinne der §§ 2032 ff. in Ansehung dieser einzelnen Gegenstände als solche bestehen (§ 2042 A 1 a. E.) Sie verwandelt sich damit nicht in Bruchteilsgemeinschaft (a. M. Dernburg V § 178 A 12). — Unwirksamkeit des Verbots gegenüber dem auf nicht mehr als den Pflichtteil als Erben berufenen Pflichtteilsberechtigten § 2306. Kündigungsfrist § 199.

2. § 749: Die letztwillige Verfügung verliert ihre Kraft, wenn wichtige im Prozesse geltend zu machende Gründe für alsbaldige Vornahme der Auseinandersetzung vorliegen, z. B. tiefgehende Verfeindung der Erben, Unübersichtlichkeit der Verhältnisse, Vermögensverfall eines Miterben. § 750: Ebenso im Zweifel beim Tode eines Miterben. § 751: Die Verfügung bindet den Rechtsnachfolger in den Erbteil (§ 2033) sowie den Sondernachfolger in Ansehung eines einzelnen Nachlaßgegenstandes, wenn das Teilungsverbot hierauf beschränkt war. Bei Grundstücken nach § 1010 allerdings nur unter der Voraussetzung, daß die Verfügungsbeschränkung „als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist". Dies setzt freilich voraus, daß die Erben das Gesamteigentum am Grundstücke zuvor in Bruchteilseigentum verwandelt haben (§ 2032 A 3), insoweit also doch zur Teilung geschritten sind. Nicht bindend ist nach § 751 das Teilungsverbot gegen den Gläubiger, der den Erbanteil eines Miterben gepfändet hat, sowie gegen den Verwalter im Konkurse des Miterben (KO § 16).

3. Abs 2 zieht der Wirksamkeit des letztwilligen Teilungsverbots dieselben **zeitlichen Grenzen**, die für die Nacherbfolge (§ 2109), das bedingte oder betagte Vermächtnis (§§ 2162, 2163) und die Verwaltung eines Testamentsvollstreckers (§ 2210) gesteckt sind. Das bestimmte Ereignis kann irgendwelchen Inhalts sein, wenn es nur die Person eines Miterben betrifft, z. B. Verheiratung, Erreichung eines gewissen Alters, Tod, vgl. § 2109 A 3, a. Die dreißigjährige Frist verlängert sich deshalb äußersten Falls bis zum Tode des längstlebenden Miterben. Das Verbot bleibt noch darüber hinaus in den Grenzen der §§ 2109, 2162, 2163 wirksam, wenn die Teilung bis zum Eintritt der Nacherbfolge (§ 2139) oder dem Anfall des Vermächtnisses (§ 2176) hinausgeschoben ist.

§ 2045

Jeder Miterbe kann verlangen, daß die Auseinandersetzung bis zur Beendigung des nach § 1970 zulässigen Aufgebotsverfahrens oder bis zum Ablaufe der im § 2061 bestimmten Anmeldungsfrist aufgeschoben wird. Ist das Aufgebot noch nicht beantragt oder die öffentliche Aufforderung nach § 2061 noch nicht erlassen, so kann der Aufschub nur verlangt werden, wenn unverzüglich der Antrag gestellt oder die Aufforderung erlassen wird[1]).

E II 1919 P 5, 881, 882.

Das Aufgebotsverfahren nach § 1970 ist auch zulässig, wenn der Miterbe unbeschränkt haftet, ZPO § 997 Abs 2. Beendigung des Aufgebotsverfahrens § 2015. Unverzüglich § 121.

§ 2046

Aus dem Nachlasse sind zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen[1]). Ist eine Nachlaßverbindlichkeit noch nicht fällig oder ist sie streitig, so ist das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten[2]).

Fällt eine Nachlaßverbindlichkeit nur einigen Miterben zur Last, so können diese die Berichtigung nur aus dem verlangen, was ihnen bei der Auseinandersetzung zukommt[3]).

Zur Berichtigung ist der Nachlaß, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen[4]).

E II 1920 P 5, 885, 836.

1. Entsprechend § 733 (Gesellschaft) und § 1475 (Gesamtgut). **Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten** (§ 1967). Haften hierfür nach der Regel des § 2058 alle Miterben

als Gesamtschuldner, so können sie schon nach §§ 755, 2042 Abs 2 vorgängige Berichtigung aus dem ungeteilten Nachlasse verlangen. Abs 1 stellt diese Berichtigungspflicht, unbeschadet hiervon abweichender Vereinbarungen, bezüglich deren gegebenenfalls Feststellungsklage zulässig ist (RG JW 09, 223[15]), schlechthin als Grundsatz auf, ohne jedoch damit den Gläubigern ein entsprechendes Recht hierauf einzuräumen. Die Berichtigung hat unter der den Erben nach §§ 1978—1980, 1991 ff. obliegenden Verantwortlichkeit zu geschehen. Auch der Gläubiger-Miterbe kann, da Konfusion nicht eintritt (§ 2032 A 3) aus bereiten Nachlaßmitteln Befriedigung seiner Forderung beanspruchen, gleichviel ob sie ihm schon gegen den Erblasser zustand oder ob sie erst während der Erbengemeinschaft, z. B. durch Auslagen für die Erbschaft entstanden ist. Nur soweit sein Verlangen nach besonderen Umständen (z. B. ungewöhnlich schwierige und verlustdrohende Versilberung des Nachlasses) mit Treu und Glauben nicht vereinbar (hierzu RG 65, 10) oder soweit er selbst zugleich Schuldner des Nachlasses ist, hat er sich Aufschub der Befriedigung gefallen zu lassen. Schleunige Vorwegbefriedigung eines Vorausvermächtnisses (§ 2150) wird meist auch vom Erblasser nicht gewollt sein.

2. Es genügt, daß auch nur unter den Erben die **Verbindlichkeit streitig** ist. Der Gläubiger-Miterbe darf schon vor der Teilung gegenüber den andern Erben die Feststellung der ihm gegen den Nachlaß zustehenden Forderung beanspruchen (RG 18. 5. 05 IV 1/05). Der Gläubiger hat auf die Zurückbehaltung keinen Anspruch. An den zurückbehaltenen Gegenständen dauert die Erbengemeinschaft fort (§ 2042 A 1 a.E.). Hinterlegung oder Ausantwortung gegen Sicherheit (§ 52) ist nicht vorgeschrieben, aber im Einverständnis der Erben zulässig.

3. Eine Nachlaßverbindlichkeit kann kraft letztwilliger Verfügung (§§ 1935, 2095) oder kraft Vereinbarung der Erben nur einem oder **einigen Miterben zur Last** fallen. Haften nach außen gleichwohl alle Erben als Gesamtschuldner, so haben die materiell von der Verbindlichkeit nicht betroffenen Erben ein Interesse daran, hiervon vor der Teilung auch formell befreit zu werden. Sie können deshalb nach §§ 755, 2042 Abs 2 von den belasteten Erben verlangen, daß die Berichtigung aus dem diesen zukommenden Überschuß (§ 2047 Abs 1) erfolge. Gegebenenfalls muß ihnen zu diesem Zwecke auch das Recht zustehen, diesen Überschuß zurückzubehalten. Absatz 2 spricht zugleich negativ aus, daß mehrere besonders belastete Erben die Berichtigung nicht aus dem Gesamtnachlasse verlangen können, sondern hiermit auf den der betreffenden Erbengruppe zugewiesenen Überschuß oder die ihnen zugeteilten einzelnen Nachlaßgegenstände beschränkt sind. § 755 findet dann innerhalb dieser Erbengruppe Anwendung, soweit es sich hierbei nach außen um eine Gesamtschuld handelt (§ 2058 A 1).

4. Soweit zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten Mittel beschafft werden müssen, unterbleibt die Teilung in Natur (§ 752) und ist der Nachlaß auf dem Wege der §§ 753, 754, vor allem also durch Einziehung der Nachlaßaußenstände zu **versilbern.** Welche Gegenstände nach § 753 zunächst zum Verkauf zu stellen sind, kann, da es sich hierbei nicht um einen Verwaltungsakt handelt (§ 2038), nicht durch Stimmenmehrheit (§ 745), sondern im Streitfalle nur vom Prozeßrichter entschieden werden. Ein Miterbe darf die Versilberung nicht durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts verhindern (RG Warn 10 Nr 141).

§ 2047

Der nach der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibende Überschuß[1]) gebührt den Erben nach dem Verhältnisse der Erbteile[2]).

Schriftstücke, die sich auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers, auf dessen Familie oder auf den ganzen Nachlaß beziehen, bleiben gemeinschaftlich[3]).

E I 2155 II 1921 M 5, 691, 692, P 5 886, 887.

1. Der **Überschuß** (ebenso bei Auflösung der Gesellschaft § 734 und der Gütergemeinschaft § 1476) besteht in den nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2046) übrig bleibenden Nachlaßgegenständen, die nunmehr nach den Grundsätzen der §§ 752—754, möglichst also in Natur zu teilen sind. Erst mit Durchführung dieser Teilung endet die Erbengemeinschaft. Der Anspruch auf den Überschuß erwächst zwar auf dem Grunde der Erbengemeinschaft, ist aber schuldrechtlicher Natur und begreift zugleich die Verpflichtung in sich, je nach Art der einzelnen Nachlaßgegenstände zu gewissen Rechtsakten (Auflassung von Grundstücken, Bewilligung von Eintragungen im Grundbuch und dergl.) mitzuwirken. Der Anspruch ist deshalb regelmäßig nur losgelöst von jenen Verpflichtungen übertragbar (§ 399). Unterschied der dinglichen Verfügung aus § 2033 Abs 1 und der Übertragung des Anspruchs auf den Überschuß RG 60, 126.

2. Die Regel der Teilung **nach Verhältnis der Erbteile** erleidet Ausnahmen, soweit Miterben wegen ihrer Ansprüche an den Nachlaß erst bei der Teilung befriedigt (§ 2046 A 1) oder soweit auf Grund § 756 (§ 2042 A 3) Schuldverhältnisse unter den Erben beglichen werden

Auch bildet der Erbteil nicht schlechthin, sondern nur nach demjenigen realen Inhalt den Teilungsmaßstab, wie er sich unter Berücksichtigung der Ausgleichung nach §§ 2050 ff. ergibt. Eine wirklich befriedigende Teilung ist nur im Wege gütlicher Übereinkunft möglich.

3. Absatz 2 geht davon aus, daß die eigentliche Erbengemeinschaft durch Aufteilung des Nachlasses beendet ist. Die fortdauernde Gemeinschaft an den **Familienpapieren** ist deshalb als Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff.) gedacht. Auf den ganzen Nachlaß beziehen sich namentlich die Urkunden über Verfügungen von Todes wegen und Erbausweise. Die Bestimmungen gelten auch dann, wenn die Schriftstücke z. B. als Geschichtsdenkmäler einen Verkehrswert besitzen. Die Veröffentlichung wird regelmäßig eine Verfügung gemäß § 747 enthalten, erfordert deshalb Einmütigkeit der Berechtigten.

§ 2048

Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen[1]. Er kann insbesondere anordnen, daß die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll[2]. Die von dem Dritten auf Grund der Anordnung getroffene Bestimmung ist für die Erben nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil[3].

E I 2152 II 1922 M 5, 688 P 5, 885.

1. Die sogen. **Teilungsanordnungen** können durch Testament oder einseitig im Erbvertrag (§ 2299) und zwar auch ohne Erbeinsetzung, nicht aber vertragsmäßig (§ 2278) getroffen werden. Sie können die Art der Verwaltung (§ 2038) wie die eigentliche Auseinandersetzung, insbesondere die Art der Teilung, so die Zuweisung bestimmter Nachlaßgegenstände an einzelne Erben zu bestimmten Preisen zum Gegenstande haben. Insoweit sie lediglich Verpflichtungen auferlegen, sind sie zugleich Auflagen (§ 1940 A 4). Es kann sich auch ein Vermächtnis dahinter verbergen, wenn es dabei z. B. durch zu niedrige Preisfestsetzung eines zu übernehmenden Gegenstandes auf den Vorteil des Übernehmers oder durch zu hohe Bewertung auf den Vorteil der übrigen Erben abgesehen ist (§§ 1939, 2150). Nach RG SeuffA 63 Nr 227 soll aber dieser wirtschaftliche Erfolg allein für die Bestimmung des rechtlichen Charakters der Anordnung nicht entscheiden. Maßgebend sei vielmehr, ob der Erblasser dem Erben den betreffenden Nachlaßgegenstand außer dem Erbteil oder nur in Anrechnung auf den Erbteil zuwenden wollte. Dies sei Auslegungsfrage. Insoweit sie den Nachlaß ganz aufteilen, können die Teilungsanordnungen sogar Erbeinsetzungen in sich begreifen. Jedenfalls sind sie wirkungslos, soweit sie Pflichtteilsrechte benachteiligen (§ 2306, 2311 Abs 2). Die Teilungsordnung bewirkt nicht, daß der einem Erben zugeteilte Gegenstand unmittelbar auf ihn übergeht. Sie begründet vielmehr nur schuldrechtliche Verpflichtungen der Erben zur gegenseitigen rechtsgeschäftlichen Übertragung. Sie können sich deshalb durch allseitiges Einverständnis hiervon ganz freimachen, wenn nicht ein Testamentsvollstrecker bestellt ist (§ 2204).

2. Billiges Ermessen eines Dritten entsprechend § 317. Als Dritter kann auch der Testamentsvollstrecker in Betracht kommen. Soweit er nicht Vollstrecker ist, kann der Dritte die Teilung nicht selbst vornehmen, sondern nur für die Erben verbindliche Bestimmungen treffen. Letztwillige Anordnung eines Schiedsgerichts ZPO § 1048.

3. Offenbar unbillig (§§ 319, 660) ist die Bestimmung, wenn sie eine handgreifliche, auch dem einfachen Rechtsgefühl ohne verstandesmäßige Erwägung erkennbare Unbilligkeit enthält (manifesta iniquitas § 319). Sie tritt, wenn die Erben hierüber einig sind, ohne weiteres außer Kraft. Des Urteils bedarf es nur im Streitfalle. Die Klage ist nicht gegen den Dritten (außer wenn er Testamentsvollstrecker ist), sondern gegen die widersprechenden Miterben zu richten. Ist die Bestimmung des Dritten für unverbindlich erklärt, so greifen die gesetzlichen Teilungsregeln Platz (§ 2042 Abs 2). Dem Richter kommt die dem Dritten übertragene Ermessensstellung nicht zu (a. M. Staudinger A 2). Der Fall, daß der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder sie verzögert, ist hier der offenbaren Unbilligkeit nicht gleichgestellt, § 319 Abs 1 deshalb nicht anwendbar (a. M. Planck A 3). Die Erben haben ihre Streitpunkte dann im Prozeß auszutragen, wie wenn der Dritte nicht bestellt wäre.

§ 2049

Hat der Erblasser angeordnet, daß einer der Miterben das Recht haben soll, ein zum Nachlasse gehörendes Landgut zu übernehmen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß das Landgut zu dem Ertragswert angesetzt werden soll[1].

Der Ertragswert bestimmt sich nach dem Reinertrage, den das Landgut nach seiner bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung nachhaltig gewähren kann[2]**.**

P 5, 860, 861; 6, 330—335, 448 ff.

1. Begriff des **Landguts**, im Gegensatz zum landwirtschaftlichen Grundstücke (§§ 592, 1421, 1663, 2130) s. § 98, auch §§ 1515, 2312. Das Gesetz stellt eine Auslegungsregel auf, „im Zweifel", die durch den Nachweis eines andern Willens des Erblassers entkräftet wird.

2. Der **Ertragswert**, im Gegensatze zum Verkehrswerte, besteht in einem Vielfachen, nach anerbenrechtlichen Grundsätzen gewöhnlich im 25fachen des jährlichen Reinertrags, der nach dem Bruttoertrag unter Abzug der Bewirtschaftungskosten einschließlich der Lasten und Abgaben, jedoch ohne Rücksicht auf Hypothekenzinsen zu ermitteln ist. Die bisherige wirtschaftliche Bestimmung bleibt maßgebend, auch wenn sie (z. B. Getreidebau statt Gartenwirtschaft) augenscheinlich unzweckmäßig war oder wenn Teile des Gutes Bauplatzeigenschaft erlangt haben (RG Warn 09 Nr 411). EG Art 137 überläßt dem Landesrecht, die Grundsätze zu bestimmen, nach denen der Ertragswert festzustellen ist. — Die gleichen Grundsätze gelten nach § 2312 auch für Berechnung des Pflichtteils.

§ 2050

[1]**Abkömmlinge, die als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen**[2]**, sind verpflichtet, dasjenige, was sie von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten als Ausstattung erhalten haben, bei der Auseinandersetzung untereinander zur Ausgleichung zu bringen**[3]**, soweit nicht der Erblasser bei der Zuwendung ein anderes angeordnet hat**[4]**.**

Zuschüsse, die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden[5]**, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Berufe sind insoweit zur Ausgleichung zu bringen, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben**[6]**.**

Andere Zuwendungen unter Lebenden sind zur Ausgleichung zu bringen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat[7][8]**.**

E 2157—2159, 2164 Abs 3 II 1923 M 5, 698—704, 710, 711 P 5, 889—891.

1. Hält der Erblasser eine **Ausgleichung** wegen Vorempfängnissen unter Lebenden für nötig, so kann er entsprechende letztwillige Verfügungen treffen. Ist dies nicht geschehen und kommt es deshalb zur gesetzlichen Erbfolge oder beschränkt sich der Erblasser darauf, die gesetzliche Erbfolge auch letztwillig anzuordnen (§ 2052), so nimmt das Gesetz an, daß die Ausgleichung unter den Abkömmlingen seinem Willen entspreche und macht ihnen deshalb die Einwerfung, Kollation der Vorempfängnisse durch positive Vorschrift zur Pflicht. Die gesetzlichen Vorschriften sind jedoch nicht zwingenden Rechts. Die Beteiligten sind deshalb nicht gehindert, die Ausgleichung im allseitigen Einverständnis auch auf anderem Wege herbeizuführen (RG 30. 5. 07 IV 524/06) oder die Ausgleichungspflicht durch Vertrag selbständig zu begründen. Die Ausgleichung kommt inhaltlich dem Vermächtnis nahe (§ 1939), ist aber selbständig geregelt und begründet jedenfalls keine Nachlaßverbindlichkeit. An der Erbengemeinschaft und den daraus entspringenden Verpflichtungen der Abkömmlinge wird hierdurch selbst dann nichts geändert, wenn der betreffende Abkömmling bei der Auseinandersetzung leer ausgeht. Schuldenhaftung § 2058 A 2. Auch dem Erbschaftskäufer kommt die Ausgleichung zu statten (§ 2372), während ihm der Verkäufer für die dadurch entstehenden Beeinträchtigungen aufzukommen hat (§ 2376).

2. Nur die **Abkömmlinge** und nur soweit sie **als gesetzliche Erben** (§ 1924) zur Erbfolge gelangen, sind an der Ausgleichung beteiligt. Nicht also auch der Ehegatte. Abkömmlinge, die wegen Verzichts, Ausschließung, Erbunwürdigkeit oder infolge Ausschlagung nicht zur Erbfolge gelangen, bleiben außer Betracht. Doch sind nach § 2051 die an ihre Stelle tretenden entfernteren Abkömmlinge (s. aber auch § 2053) ausgleichungspflichtig.

3. Die **Ausstattung** ist zu verstehen im Sinne von § 1624, einschließlich der Aussteuer der Tochter (§§ 1620 ff.), begreift aber, soweit nicht § 2053 einschlägt, auch die unmittelbar einem entfernteren Abkömmling gewährte Ausstattung in sich. Ob sie den Verhältnissen entspricht oder übermäßig ist, ob sie bereits gewährt oder nur erst versprochen und demgemäß zugleich als Nachlaßverbindlichkeit einzustellen ist, macht keinen Unterschied.

4. Da die Ausgleichung auf dem zu vermutenden Willen des Erblassers beruht, so findet sie nicht statt, soweit sie der Erblasser durch besondere **Anordnungen** ganz oder zum Teil **erlassen** oder von Bedingungen abhängig gemacht hat usw. Dies kann formlos, muß aber schon **bei** (oder vor) **der Zuwendung** geschehen sein, kann deshalb durch spätere einseitige Anordnung oder durch Vertrag unter Lebenden nicht wirksam nachgeholt werden.

Wohl aber durch letztwillige Verfügung, die regelmäßig als Vorausvermächtnis aufzufassen sein wird (§§ 1939, 2150), soweit damit nicht die übrigen Erben im Pflichtteil beschränkt werden (§ 2316 Abs 3). Obwohl der Vorbehalt abweichender Anordnungen des Erblassers bei Absatz 2 nicht wiederholt ist, so will das Gesetz doch augenscheinlich auch hierbei den Erlaß der Ausgleichungspflicht gestatten.

5. **Zuschüsse** sind nicht schlechthin, sondern nur soweit sie **als Einkünfte** dienen sollen, ausgleichungspflichtig. Dies setzt, wenn es sich nicht um einmalige Kapitalszuwendung zum Zwecke des Zinsenbezugs handelt, Leistungen von gewisser Dauer und Regelmäßigkeit voraus, aus denen der Empfänger, ohne zu Gegenleistungen verpflichtet zu sein, seinen Lebensverbrauch bestreiten, die er aber, wenn er will, auch aufsparen kann. So vor allem die Leibrente § 759, Überlassung bestimmter Nutzungen und dergl.

6. Die Aufwendungen müssen für die **Vorbildung zu einem Berufe**, im Gegensatze zu der durch Volksschulen oder höhere Lehranstalten vermittelten allgemeinen Ausbildung gemacht sein. Hierher gehören Lehrgelder, die Kosten des Besuchs von Fachschulen, Studien- und Promotionskosten, Unterhalt während des Vorbereitungsdienstes einschließlich der Beschaffung der Lernmittel, nicht aber Aufwendungen für die Berufsausübung selbst (Anschaffung von Instrumenten und dergl). Im Gegensatze zur Ausstattung (Absatz 1) sind Zuschüsse und Aufwendungen zur Berufsvorbildung nicht unbedingt, sondern nur insoweit ausgleichungspflichtig, als sie **im Übermaße** geleistet sind. Hierfür sind, wie in § 1624 die Vermögensverhältnisse des Erblassers, nicht seine Standesverhältnisse oder die Verhältnisse des Empfängers maßgebend und zwar so, wie sie zur Zeit der Zuwendung beschaffen waren. Nicht entscheidend ist, ob der Erblasser die Aufwendungen aus laufenden Einkünften bestritten oder ob er hierzu sein Stammvermögen angegriffen hat. — Aus Absatz 1 ist auch für Absatz 2 zu ergänzen, daß der Erblasser abweichende Anordnungen treffen kann (A 4). Die Zuschüsse können auch unter den Begriff der Ausstattung fallen, wenn sie zugleich dem Zwecke der Erhaltung der Wirtschaft oder Lebensstellung dienen (RG 3. 5. 05 IV 508/05 und RG 67, 206). Insoweit sind sie unbegrenzt, als Zuschüsse dagegen nur wegen des Übermaßes ausgleichungspflichtig.

7. Der Erblasser kann **Zuwendungen jeder Art durch eine bei** (oder vor) **der Zuwendung formlos getroffene Anordnung ausgleichungspflichtig** machen. Im weitesten Sinne (vgl. auch § 1939 A 4) umfaßt die Zuwendung jede Übereignung aus dem eigenen in fremdes Vermögen. Keinesfalls gehört zu ihrem Begriff Unentgeltlichkeit, da das BGB sonst keine Veranlassung hätte, noch besonders von unentgeltlichen Zuwendungen zu sprechen (§§ 330, 1651, 1803, 1909). Zuwendung ist deshalb niemals gleich Schenkung, § 516, wenn sie auch den häufigsten Fall bilden wird (§ 2327 Abs 1 Satz 2). Immerhin versteht der Sprachgebrauch unter Zuwendung eine freiwillige und zugleich dem Empfänger zum Vorteil gereichende Leistung. Beides ist durch Entgeltlichkeit der Leistung nicht ausgeschlossen, wohl aber dann, wenn die Leistung lediglich in Erfüllung einer bestehenden Verpflichtung bewirkt wird (RG JW 02 Beil 266[198] und RG 67, 308). Wesentlich ist, daß die Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers geschieht und daß er hierbei dem Empfänger gegenüber die Ausgleichung anordnet. Dies kann formlos, auch stillschweigend geschehen (so namentlich, wenn der Erblasser sein Vermögen schon unter Lebenden aufteilt). Bei einer Zuwendung, die vor 1. 1. 00 erfolgt war, kann nach dem älteren Recht die Ausgleichungspflicht als selbstverständlich gegolten haben (RG 18. 4. 10 IV 38/10). Ob die Anordnung einer Anrechnung auf den Pflichtteil (§ 2315 Abs 1) schon die Anordnung der Ausgleichungspflicht in sich schließt, ist Tatfrage (RG 25. 1. 08 IV 266/07). Zugleich vollzieht sich dadurch, daß der Empfänger die mit der Auflage der künftigen Ausgleichung ihm gemachte Zuwendung annimmt, ein Rechtsgeschäft unter Lebenden. Auch hier kann (s. oben A 4) die unterbliebene Anordnung nach der Zuwendung unter Lebenden nicht mehr, selbst nicht mit Zustimmung des Abkömmlings nachgeholt werden, es sei denn im Wege des Erbverzichts § 2346. Wohl aber kann die nachträgliche Anordnung letztwillig getroffen werden und ist für den Empfänger der Zuwendung bindend, soweit sie ihn nicht im Pflichtteile beeinträchtigt (RG 67, 309; 71, 135). Ob es sich um eine Zuwendung oder um ein Darlehen mit hinausgeschobener Rückzahlungspflicht handelt, ist Tatfrage. War die Ausgleichung eines wirklichen Darlehens angeordnet, so ist jedenfalls das Klagerecht der Miterben vor beendeter Auseinandersetzung ausgeschlossen (§ 2039 A 2). Regelmäßig liegt hier die Zuwendung darin, daß das Darlehen als solches erlassen und in eine Ausgleichungspost verwandelt ist. — Der Erblasser kann letztwillig die Ausgleichungspflicht auch unter andern Erben als Abkömmlingen, z. B. unter seinen Geschwistern anordnen, sie kann auch durch Vertrag der Erben begründet oder umgestaltet werden. Ist die Auseinandersetzung ohne Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht vorgenommen worden, so kann der Bereicherungsanspruch (§§ 812 ff.) gegeben sein. Die Ausgleichungspflicht trift den Erwerber des Erbteils (§ 2033) in demselben Umfange wie den veräußernden Miterben. — Ausgleichungspflicht nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft § 1503, bei Berechnung des Pflichtteils §§ 2315 ff.

8. Die **Beweislast** der Ausgleichungspflicht trifft grundsätzlich den, der Anrechnung der betreffenden Zuwendung auf den Erbteil verlangt. Behauptet der Erbe in den Fällen der Absätze 1 und 2, daß ihm die Ausgleichung durch andere Anordnungen des Erblassers erlassen sei, so ist er für die Einrede beweispflichtig. Gegenseitige Auskunftspflicht der Miterben § 2057.

§ 2051

Fällt ein Abkömmling, der als Erbe zur Ausgleichung verpflichtet sein würde, vor oder nach dem Erbfalle weg,[1]) so ist wegen der ihm gemachten Zuwendungen der an seine Stelle tretende Abkömmling zur Ausgleichung verpflichtet[2]).

Hat der Erblasser für den weggefallenen Abkömmling einen Ersatzerben eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieser nicht mehr erhalten soll, als der Abkömmling unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht erhalten würde[3]).

E I 2160 II 1924 M 5, 704—706 P 5, 892, 893; 6, 340—342.

1. **Wegfall eines Abkömmlings** durch Tod (§ 1924), Ausschließung (§ 1938), Ausschlagung (§ 1953), Erbunwürdigkeit (§ 2344), Erbverzicht (§ 2346).

2. In allen diesen Fällen **treten an Stelle des ausgleichspflichtigen Abkömmlings**, wenn auch kraft eignen Erbrechts (§ 1924 A 4) **seine Abkömmlinge** nach Verhältnis ihrer Erbteile, falls sie nicht durch den Verzicht gleichfalls ausgeschlossen sind (§ 2349). Darauf, ob sie Erben des Weggefallenen geworden sind und ob ihnen der Vorempfang selbst zugute gegangen ist, kommt nichts an. Indessen muß der Empfänger der Zuwendung nicht notwendig Vorfahre des an seine Stelle tretenden Abkömmlings gewesen sein. Fällt z. B. der unmittelbar mit der Zuwendung bedachte Enkel des Erblassers weg, so kann dies zur *Erhöhung des Erbteils* seiner Geschwister führen. In diesem Falle bleibt nach § 1935 die Ausgleichungspflicht beschränkt auf den neu hinzutretenden Erbteil, mit dem sie ein für allemal verbunden gedacht ist. Umgekehrt braucht der Abkömmling für die auf seinem ursprünglichen Erbteile ruhende, diesen vielleicht ganz aufzehrende Ausgleichungspflicht nicht mit dem neu hinzuerworbenen Erbteil aufzukommen. Keinesfalls kann der ausgleichungspflichtige Abkömmling durch seine Ausschlagung die Ausgleichung ganz vereiteln. Stirbt er, nachdem er die Erbschaft angenommen hat, so ist die Ausgleichungspflicht schlechthin von seinen Erben zu tragen, gleichviel ob sie Abkömmlinge und gesetzliche Erben sind oder nicht. — Entsprechende Anwendung beim Pflichtteilsergänzungsanspruch § 2327 Abs 1.

3. **Ersatzerbe** §§ 2096 ff, 2102. Vorausgesetzt ist, daß der weggefallene Abkömmling als gesetzlicher Erbe berufen oder doch gemäß § 2052 als Erbe eingesetzt war. Eine Ausgleichungspflicht würde sonst nach § 2050 überhaupt nicht bestehen. Das Gesetz findet in der Berufung eines Ersatzerben regelmäßig („im Zweifel") zugleich den Willen des Erblassers ausgedrückt, daß die Ausgleichungspflicht des Abkömmlings auch von seinem Ersatzerben, selbst wenn er ein Fremder ist, zu tragen sei. Wenn er hiervon frei zu sein behauptet, so hat er den gegenteiligen Willen des Erblassers zu *beweisen*. Ist der Ersatzerbe selbst Abkömmling, so kommt er mit der eignen und mit der ihm als Ersatzerben überkommenen Ausgleichungspflicht nebeneinander in Betracht (§ 2053 A 1). Ist er Fremder, so ist Tatfrage, ob er auch das Recht haben soll, von den miterbenden Abkömmlingen die Ausgleichung zu fordern und damit an den Vorteilen der Ausgleichung teilzunehmen.

§ 2052

Hat der Erblasser die Abkömmlinge auf dasjenige als Erben eingesetzt, was sie als gesetzliche Erben erhalten würden, oder hat er ihre Erbteile so bestimmt, daß sie zueinander in demselben Verhältnisse stehen wie die gesetzlichen Erbteile[1]), so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Abkömmlinge nach den §§ 2050, 2051 zur Ausgleichung verpflichtet sein sollen[2]).

E II 1925 P 5, 891, 892.

1. Die an sich nur für die gesetzliche Erbfolge (§ 2050 A 2) vorgeschriebene Ausgleichung tritt „im Zweifel" auch dann ein, wenn der Erblasser den gleichen Erfolg allgemein (§ 2066) oder doch bezüglich des den Abkömmlingen oder einer Gruppe von Abkömmlingen zugewiesenen Teiles der Erbschaft durch **Verfügung von Todes wegen** herbeigeführt hat. Sind die Abkömmlinge neben andern Erben berufen, so verkleinern sich, ist ein Abkömmling ausgeschlossen, so vergrößern sich entsprechend die Erbteile. Erforderlich ist, daß die Erbteile der

Abkömmlinge im Verhältnis zueinander wie die gesetzlichen Erbteile bemessen sind. Kommt es infolge Anwachsung zu einer Erhöhung des Erbteils, so gelten die gleichen Grundsätze wie im Falle des § 1935 (§§ 2051 A 2, 2094, 2095). Das Vorausvermächtnis an einen Miterben ist überhaupt nicht Zuwendung im Sinne von § 2050, enthält im Gegenteil die Anordnung, daß es nicht auszugleichen sei (RG 13. 1. 10 IV 150/09). Zugleich kommt aber dadurch regelmäßig zum Ausdruck, daß der Erblasser hiermit selbst die Ausgleichung bewirkt und den übrigen Miterben die Einwerfung ihrer Vorempfänge erlassen haben will.

2. Die Bestimmung will dem mutmaßlichen Willen des Erblassers Rechnung tragen, gibt deshalb nur eine **Auslegungsregel.** Der an sich ausgleichspflichtige Abkömmling oder der an seine Stelle tretende Abkömmling oder Ersatzerbe (§ 2051) ist mithin dafür beweispflichtig, daß der Erblasser die Ausgleichung nicht gewollt habe.

§ 2053

Eine Zuwendung, die ein entfernterer Abkömmling vor dem Wegfalle des ihn von der Erbfolge ausschließenden näheren Abkömmlings oder ein an die Stelle eines Abkömmlings als Ersatzerbe tretender Abkömmling von dem Erblasser erhalten hat, ist nicht zur Ausgleichung zu bringen[1]), es sei denn, daß der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat[2]).

Das Gleiche gilt, wenn ein Abkömmling, bevor er die rechtliche Stellung eines solchen erlangt hatte, eine Zuwendung von dem Erblasser erhalten hat[3]).

E I 2161 II 1926 M 5, 706, 707 P 5, 892, 893.

1. Wegfall des näheren Abkömmlings § 2051 A 1, s. auch § 2069. Die Ausgleichungspflicht entspricht dem mutmaßlichen Willen des Erblassers in der Regel nur dann, wenn er sich den mit einer Zuwendung bedachten Abkömmling dabei als seinen unmittelbaren gesetzlichen Erben vorgestellt hat, dem er gewissermaßen einen Teil der Erbschaft vorausgewähre. Diese Absicht ist regelmäßig ausgeschlossen, wenn die **Zuwendung an einen entfernteren Abkömmling,** z. B. den Enkel bei Lebzeiten des Vaters, gemacht wird. Da hiernach die Vorstellung des Erblassers das Entscheidende ist, so trifft die Ausgleichungspflicht den mit der Zuwendung bedachten Abkömmling, dessen Vorfahr zu dieser Zeit bereits weggefallen war, auch dann nicht, wenn der Erblasser den Vorfahren irrig noch am Leben glaubte. Umgekehrt ist im Zweifel Ausgleichung gewollt, wenn er den Bedachten zur Zeit der Zuwendung irrig schon für seinen gesetzlich berufenen Erben hielt. Auch bezüglich des als **Ersatzerben** (§§ 2096 ff, 2102) eingesetzten Abkömmlings ist zu ergänzen, daß er vor Wegfall seines Vormannes bedacht ist. Der fremde Ersatzerbe ist mit unmittelbar vom Erblasser empfangenen Zuwendungen weder aus der Zeit vor noch nach Wegfall seines Vormannes ausgleichungspflichtig (§ 2051 Abs 2).

2. Um die Ausstattung, Zuschüsse und Aufwendungen zur Berufsausbildung, die der Erblasser dem entfernteren Abkömmling zugewendet, ausgleichungspflichtig zu machen, muß er abweichend von §§ 2050 Abs 1 und 2 die Ausgleichung **besonders angeordnet** haben, und zwar bei der Zuwendung (§ 2050 A 4, 7). In den Fällen des § 2050 Abs 3 ist eine solche besondere Anordnung immer vorausgesetzt. Die Beweislast, daß die Anordnung erfolgt sei, trifft die Miterben, die Einwerfung des Vorempfanges verlangen.

3. Absatz 2 bezieht sich auf die Legitimation durch nachfolgende Ehe (§ 1719), durch Ehelichkeitserklärung (§§ 1723 ff.) und auf die Annahme an Kindes Statt (§§ 1741 ff., 1762).

§ 2054

Eine Zuwendung, die aus dem Gesamtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft erfolgt, gilt als von jedem der Ehegatten zur Hälfte gemacht[1]). Die Zuwendung gilt jedoch, wenn sie an einen Abkömmling erfolgt, der nur von einem der Ehegatten abstammt, oder wenn einer der Ehegatten wegen der Zuwendung zu dem Gesamtgut Ersatz zu leisten hat, als von diesem Ehegatten gemacht[2]).

Diese Vorschriften finden auf eine Zuwendung aus dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft entsprechende Anwendung[3]).

E I 2162 II 1927 M 5, 707, 708 P 5, 893.

1. Die Auseinandersetzung und damit zugleich die Ausgleichung (§ 1503) findet im Falle beerbter Ehe bei der allgemeinen Gütergemeinschaft regelmäßig erst nach Beendigung

der fortgesetzten Gütergemeinschaft statt (§§ 1483, 1497). Ebenso bei der Fahrnisgemeinschaft, wenn fortgesetzte Gütergemeinschaft durch Ehevertrag vereinbart ist (§ 1557). Dagegen endet die Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519 ff.) immer mit dem Tode eines Ehegatten. Nach der Regel der §§ 1443, 1519, 1549 empfangen Abkömmlinge **Zuwendungen aus dem Gesamtgute** vom Mann, auch wenn die Frau zu Schenkungen ihre Zustimmung erteilt (§ 1446) oder wenn sie in Vertretung des Mannes handelt (§ 1450). An sich würden daher die Abkömmlinge nur gegenüber dem Nachlasse des Mannes ausgleichungspflichtig sein. Dagegen schreibt das Gesetz als Regel die Ausgleichung gegenüber den Nachlässen beider Ehegatten je zur Hälfte vor. Die Ausgleichung hat deshalb, wenn sie nicht bis zur Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinausgeschoben ist, regelmäßig zweimal, je zur Hälfte stattzufinden.

2. Die ganze Zuwendung gilt als **nur von einem Ehegatten** herrührend und nur seinem Nachlaß gegenüber ausgleichungspflichtig. Entscheidend ist nicht, welcher Ehegatte die Zuwendung vorgenommen hat, sondern nur wer Vorfahre des bedachten nicht gemeinschaftlichen Abkömmlings oder wer **wegen der Zuwendung dem Gesamtgut ersatzpflichtig** ist. Die Ersatzpflicht besteht für den Mann, soweit er eine Ausstattung verspricht oder gewährt, die das dem Gesamtgut entsprechende Maß übersteigt (§§ 1465, 1467, 1476 Abs 2, 1538, 1549). Bei Zuwendungen anderer Art (§ 2050 Abs 2, 3) kann er ersatzpflichtig werden durch Vornahme böswilliger oder der Zustimmung der Frau entbehrender Rechtsgeschäfte (§§ 1456, 1444—1446) oder durch in bezug auf sein Vorbehaltsgut eingegangene, aber demnächst aus dem Gesamtgute berichtigte Verbindlichkeiten (§ 1466). Die Frau wird ersatzpflichtig, soweit sie in Vertretung des Mannes handelt (§ 1450) oder sonst das Gesamtgut wirksam verpflichtet (§ 1460). Soweit es nach §§ 2050—2053 für die Ausgleichungspflicht auf Anordnungen oder auf den Willen des Erblassers ankommt, ist die Person des Ehegatten maßgebend, der als Geber der Zuwendung zu gelten hat.

3. **Fortgesetzte Gütergemeinschaft** § 1483 ff., 1557. Der überlebende Ehegatte hat hierbei die rechtliche Stellung des Mannes, die beteiligten Abkömmlinge haben diejenige der Frau, § 1487. Die Ausstattung anteilsberechtigter Abkömmlinge gilt hiernach als zur Hälfte aus dem Anteile des überlebenden Ehegatten, zur Hälfte aus demjenigen der übrigen Abkömmlinge, soweit sie übermäßig ist als nur vom Überlebenden gewährt. Der Überlebende ist nach § 1499 Nr 3 ersatzpflichtig und gilt deshalb nach Abs 1 als Geber der Ausstattung, wenn sie an einen infolge Verzichts (§ 1491) oder Ausschließung (§ 1511) nicht anteilsberechtigten gemeinschaftlichen, oder an einen nicht gemeinschaftlichen Abkömmling gewährt wird. Dasselbe gilt von andern Zuwendungen (§ 2050 Abs 2, 3), durch die sich der überlebende Ehegatte, wenn die übrigen Abkömmlinge nicht zustimmen, regelmäßig ersatzpflichtig macht, § 1456. — Entsprechende Bestimmungen beim Pflichtteilsergänzungsanspruch § 2331.

§ 2055

Bei der Auseinandersetzung wird jedem Miterben der Wert der Zuwendung, die er zur Ausgleichung zu bringen hat, auf seinen Erbteil angerechnet[1]). Der Wert der sämtlichen Zuwendungen, die zur Ausgleichung zu bringen sind, wird dem Nachlasse hinzugerechnet, soweit dieser den Miterben zukommt, unter denen die Ausgleichung stattfindet[2]).

Der Wert bestimmt sich nach der Zeit, zu der die Zuwendung erfolgt ist[3]).

E I 2163 II 1928 M 5, 708, 709 P 5, 893, 894.

1. Die auszugleichenden Vorempfängnisse sind nicht in Natur an den Nachlaß zurückzugewähren (Realkollation). Die Ausgleichung vollzieht sich vielmehr erst bei Gelegenheit der Auseinandersetzung, nur rechnerisch (Idealkollation) und lediglich innerhalb des Kreises der hiervon betroffenen Abkömmlinge. Dieselben Grundsätze gelten für Berechnung des Pflichtteils, §§ 2315, 2316. Der **Wert der Zuwendung** (maßgebender Zeitpunkt Abs 2) bestimmt sich nach Vereinbarung der Beteiligten, sonst nach freier Schätzung. Wer einen höheren als den vom Ausgleichungspflichtigen zugegebenen Wert behauptet, ist hierfür beweispflichtig. Eine zwischen Erblasser und Empfänger bei der Zuwendung getroffene Wertsvereinbarung bindet die übrigen Beteiligten nicht. Wohl aber eine letztwillige Wertfestsetzung in Gestalt der Teilungsanordnung. Doch nur insoweit, als sie nicht in das Pflichtteilsrecht (wenn zu hoch) des Empfängers der Zuwendung oder (wenn zu niedrig) der übrigen Abkömmlinge eingreift (§ 2048 A 1).

2. Sind neben den an der Ausgleichung beteiligten Abkömmlingen noch andere gesetzliche oder letztwillig berufene Erben vorhanden (z. B. der überlebende Ehegatte, eingesetzte Fremde) oder ist die Ausgleichung auf eine Gruppe von Abkömmlingen beschränkt (§ 2052 A 1), so ist von der ermittelten **Teilungsmasse** zunächst der Betrag der Erbteile abzusetzen,

der auf die an der Ausgleichung nicht beteiligten Erben entfällt. Zu dem verbleibenden Reste wird der ziffernmäßige Gesamtbetrag der Zuwendungen hinzugerechnet. Von der so gefundenen Masse werden die Erbteile der beteiligten Abkömmlinge neu berechnet. Von diesem rechnungsmäßigen Erbteil wird jedem ausgleichungspflichtigen Abkömmling der Wert der empfangenen Zuwendung abgezogen. Der Rest bildet den ihm wirklich auszuschüttenden Erbteil. Beispiel: Nachlaß 2000. Erben Witwe W (¼), 3 Abkömmlinge X, Y, Z (je ¼). Vorweg Erbteil der W 500, verbleibt Teilungsmasse für die Abkömmlinge 1500. Es haben vorempfangen und einzuwerfen X 500, Y 300, Z 100, zusammen 900. Es entfallen mithin von 1500 + 900 = 2400 auf jeden Abkömmling ⅓ = 800. In Wirklichkeit erhalten X 800 — 500 = 300, Y 800 — 300 = 500, Z 800 — 100 = 700, zusammen 1500, womit (zuzüglich der vorweg der W überwiesenen 500) der Nachlaß aufgeht. — Schuldenhaftung der ausgleichungsbeteiligten Erben § 2058 A 2.

3. Die **Zeit der Zuwendung** bleibt maßgebend, auch wenn inzwischen Wertserhöhungen oder Wertsverminderungen stattgefunden haben oder die zugewendeten Gegenstände untergegangen sein sollten. Zinsen, Nutzungen u. dgl. kommen nicht in Betracht. Etwaige abweichende Anordnungen des Erblassers sind nur mit den oben (A 1) angegebenen Beschränkungen wirksam. — Die Vorschriften des Gesetzes sind nicht zwingenden Rechts, die Beteiligten können deshalb die Ausgleichung auch auf andern Wegen herbeiführen (RG 30. 5. 07 IV 524/06), auch die Ausgleichungspflicht selbst durch Vertrag neu begründen. Ist die Ausgleichung bei der Auseinandersetzung unterblieben, so ist unter den Voraussetzungen der §§ 812 ff. der Bereicherungsanspruch gegeben.

§ 2056

Hat ein Miterbe durch die Zuwendung mehr erhalten, als ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde, so ist er zur Herauszahlung des Mehrbetrags nicht verpflichtet[1]). Der Nachlaß wird in einem solchen Falle unter die übrigen Erben in der Weise geteilt, daß der Wert der Zuwendung und der Erbteil des Miterben außer Ansatz bleiben[2]).

E I 2161 II 1929 M 5, 709, 710 P 5, 893, 984.

1. Der Ausgleichungspflichtige ist nicht oder doch nur rechnungsmäßig Schuldner des Nachlasses. Die **Zuwendung verbleibt dem Abkömmling** ganz, auch wenn sie rechnerisch den Betrag des auf ihn entfallenden Erbteils übersteigt. Er könnte nur mit dem Pflichtteilsergänzungsanspruch belangt werden, § 2325. Er geht mithin schlimmstenfalls bei der Verteilung leer aus. Seine Erbeneigenschaft wird jedoch dadurch nicht beeinträchtigt. Schuldenhaftung s. § 2058 A 2.

2. Der hierdurch entstehende **Ausfall** läßt zwar die ideellen Erbteile der ausgleichungsberechtigten Miterben unberührt, führt aber zu einer Verringerung des auf sie entfallenden realen Erbteils. Der leer ausgehende Miterbe scheidet sowohl mit der ihn treffenden Einwerfungspost, als auch mit dem Erbteile gänzlich aus. Es mindert sich mithin der Dividendus (durch Streichung der Einwerfungspost), es ändert sich aber auch (infolge Wegfalls eines Bruchteils) der Divisor, indem die unter sich in demselben Verhältnis bleibenden Bruchteile auf einen andern Nenner zu bringen sind. Beispiel: Nachlaß 2000, Erben 3 Abkömmlinge X mit ½, Y und Z mit je ¼. Es haben vorempfangen und einzuwerfen X 400, Y nichts, Z 1000, zusammen 1400. Es würden sonach an sich entfallen von 2000 + 1400 = 3400 auf X ½ = 1700 — 400 = 1300, auf Y ¼ = 850 — 0 = 850, auf Z 850 — 1000 = 0, da er den Mehrempfang von 150 nicht herauszuzahlen hat. Es bleibt deshalb Z sowohl mit seinem ¼ Erbteil als mit seinem Vorempfang von 1000 ganz außer Ansatz. Bleiben Erben X mit ½ = ²/₄, Y mit ¼ oder im Verhältnis ihrer Erbteile zueinander X mit ⅔, Y mit ⅓ von 2000 Nachlaß + 400 Einwerfungspost des X = 2400. Hiervon erhalten X ⅔ = 1600 — 400 = 1200, Y ⅓ = 800, womit der Nachlaß aufgeht. Infolge Verminderung der Teilungsmasse kann sich das Ausscheiden von Miterben, die mehr als ihren rechnungsmäßigen Erbteil zugewendet erhalten haben und erneute Berechnung der wirklichen Erbteile wiederholt notwendig machen. Darüber, daß im Falle der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils (§ 1935) die den einen Erbteil überschwerende Ausgleichung von dem andern Erbteil nicht zu übertragen ist, s. § 1935 A 5. Dasselbe gilt von dem mehrfachen besonderen Erbteil § 1927 und von dem Falle der Anwachsung § 2095.

§ 2057

Jeder Miterbe ist verpflichtet, den übrigen Erben auf Verlangen Auskunft über die Zuwendungen zu erteilen, die er nach den §§ 2050 bis 2053 zur

Ausgleichung zu bringen hat[1]). Die Vorschriften der §§ 260, 261 über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides finden entsprechende Anwendung[2]).

E II 1930 P 5, 894.

1. Das **Auskunftsverlangen** ist kein zum Nachlasse gehörender Anspruch (§ 2039), kann vielmehr von den „übrigen Miterben" (vgl. auch § 2034) und somit, da die gebrauchte Pluralform dem nicht entgegensteht, von jedem Miterben für sich gegen einen andern Miterben gestellt und weiter bis zur Eidesleistung durchgeführt werden. Der Verlangende muß wahrer Miterbe, nicht etwa bloß Pflichtteilsberechtigter sein (§ 2032 A 2). Das Recht auf Auskunft muß neben den Erben auch dem mit der Auseinandersetzung beauftragten Testamentsvollstrecker (§ 2204) zustehen. Der Nachlaß- und Nachlaßkonkursverwalter wird das Verlangen nur beim Nachweis eines besonderen Interesses stellen dürfen. Bezüglich des Auskunftspflichtigen muß ferner feststehen, daß er zu den an sich von der Ausgleichungspflicht nach §§ 2050—2053 betroffenen Personen gehört, insbesondere also daß die gesetzliche Erbfolge oder § 2052 Platz greift. **Gegenstand der Auskunftspflicht** ist jede vom Erblasser empfangene Zuwendung, die in den Rahmen der drei Absätze des § 2050 fallen könnte (so **RG** 73, . . . 12. 5. 10 IV 411/09 in Abweichung von **RG** 58, 88). Jedenfalls hat der Verlangende, wenn es sich um ein bereits bekanntes, äußerlich sich nicht als Zuwendung darstellendes Rechtsgeschäft handelt, soviel nachzuweisen, daß hiermit, gleichviel zu welchem ideellen Teile, eine „Zuwendung" verbunden war (**RG** JW 06, 358[20]). Das Verlangen ist im Prozeßwege durchzuführen. Auch der mit den gewöhnlichen Beweismitteln etwa zu führende Gegenbeweis, daß er keine Zuwendungen empfangen habe, befreit den Miterben nicht von der Auskunfts- und Eidespflicht. — Bezüglich der allgemeinen aus der Erbengemeinschaft abgeleiteten gegenseitigen Auskunftspflicht der Miterben über den Bestand des Nachlasses s. § 2038 A 7.

2. Die **Auskunft**, daß er Zuwendungen überhaupt nicht erhalten habe, genügt. Im übrigen hat sich die Auskunft über alle nach § 2050 Abs 1—3 in Betracht kommenden Zuwendungen unter Angabe von Zeit, Ort und Umständen so genau zu verbreiten, als der Erbe hierzu imstande ist. Nach § 2 6 0 ist ein Bestandsverzeichnis jedenfalls dann vorzulegen, wenn ein Inbegriff von Gegenständen zugewendet war. Ob auch sonst die Form des Verzeichnisses einzuhalten ist, kommt auf den Inhalt der erteilten Auskunft an. Der **Offenbarungseid** kann nur unter den (vom Antragsteller zu beweisenden) Voraussetzungen der §§ 260 Abs 2, 259 Abs 3 gefordert werden und ist vor dem Prozeßgericht, wenn ein Rechtsstreit nicht vorausgegangen war, vor dem Amtsgericht des Wohnsitzes des Schwurpflichtigen zu leisten (FGG §§ 163, 79, OLG 12, 369). Der Eidespflichtige hat zu schwören, daß er die Auskunft über die vom Erblasser gemachten, unter die Bestimmungen des § 2050 fallenden Zuwendungen nach bestem Wissen so vollständig erteilt habe, als er dazu imstande sei (**RG** 73, . . 12. 5. 10 IV 411/09). Nach § 261 wird bei Änderungen der Eidesnorm insbesondere auf die vom Gegner des Schwurpflichtigen aufgestellten Behauptungen Rücksicht zu nehmen sein. Die Kosten trägt der Gegner. — Liegt der Erbfall vor 1. 1. 00, so ist für den Inhalt der Auskunftspflicht das frühere Recht maßgebend (**RG** JW 04, 57[11] und 29. 2. 04 IV 326/03).

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern

1. Neben den §§ 2058—2063 bleiben für die Schuldenhaftung der mehreren Erben auch die allgemeinen Vorschriften des 2. Titels (§§ 1967—2017) und ZPO §§ 780—785 in Geltung. Vor Annahme der Erbschaft können auch die Miterben nicht verklagt werden, § 1958. Nach der Annahme stehen ihnen die aufschiebenden Einreden der §§ 2014ff., denen § 2059 Abs 1 bis zur Teilung eine Einrede besonderer Art hinzugefügt, zur Seite. Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung, von denen die letztere jedoch nur bis zur Teilung beantragt werden kann (§ 2062), sichern auch den Miterben die beschränkte Haftung. Ebenso können sie bis zur Teilung die durch Aufgebot der Nachlaßgläubiger nach §§ 1970ff. erlangte Vorzugsstellung sowie die Unzulänglichkeitseinrede aus §§ 1990ff. geltend machen. Umgekehrt wird der Miterbe, soweit ihm nicht § 2063 zustatten kommt, durch versäumte oder ungetreue Inventarerrichtung (§§ 1994 Abs 1, 2005 Abs 1) sowie durch Verweigerung des Offenbarungseides (§ 2006 Abs 3) oder im Mangel des Vorbehalts aus ZPO § 780 Abs 1 allen oder einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar.

2. Unabhängig davon, ob die mehreren Erben beschränkt oder unbeschränkt haften, d. h. mit welchen Mitteln — ob nur mit dem ererbten oder auch mit dem eignen Vermögen — sie für die Nachlaßverbindlichkeiten aufzukommen haben, ist die Frage, für welche Schuldbeträge, ob sie gesamtschuldnerisch oder anteilig haften, d. h. ob jeder Miterbe den betreffenden Nachlaßgläubiger wegen seiner ganzen Forderung oder nur zu einem gewissen Anteil dieser Forderung zu befriedigen hat. Denn in den drei besonderen Fällen des § 2060 sowie

bei vorausgegangenem Privataufgebot (§ 2061) durchbricht das BGB. den Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung (§ 2058) und läßt von der Teilung ab — im Falle des § 2059 A 4 schon vorher — eine Spaltung der Nachlaßverbindlichkeiten nach Verhältnis der Erbteile eintreten. Hiernach ist, wie Planck hervorhebt, eine vierfach verschiedene Haftung der Miterben denkbar: a) anteilig und beschränkbar, b) gesamtschuldnerisch aber beschränkbar, c) anteilig aber unbeschränkt, d) gesamtschuldnerisch und unbeschränkt. — Haftung bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft § 1489. Für Schulden des Handelsgeschäfts HGB §§ 27, 139.

§ 2058

Die Erben haften für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten[1]) als Gesamtschuldner[2]).

E I 2051 Satz 2 II 1932 M 5, 526—530 P 5, 867—871.

1. Die **gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten** (§ 1967) im Gegensatze zu denen, die von vornherein, auch im Verhältnis nach außen (z. B. durch letztwillige Verfügung) nur einem oder einigen Miterben zur Last fallen (§ 2046 A 3). Für die solchergestalt nur einer Gruppe von Erben obliegenden Verbindlichkeiten haben die übrigen Erben überhaupt nicht einzustehen. Auch innerhalb der Gruppe besteht keine besondere auf sie beschränkte Erbengemeinschaft und deshalb, soweit es sich nicht um eine unteilbare Leistung handelt (§ 431), kein Gesamtschuldverhältnis, vielmehr nach der Regel des § 420 nur anteilige Haftung (a. M. Planck A 1).

2. Die **gesamtschuldnerische Haftung** ist Folge der Erbengemeinschaft (§ 2032 A 1) und dauert grundsätzlich auch nach deren Beendigung fort. Nur im Falle des § 2059 A 4 und nach der Teilung unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 2060, 2061 verwandelt sich die gesamtschuldnerische in eine bloß anteilige Haftung. Regelmäßig hat die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten im Zuge der Auseinandersetzung zu geschehen (§ 2046 Abs 1). Doch kann in den Grenzen des § 2059 die gesamtschuldnerische Haftung auch schon vorher geltend gemacht werden. Auch der Miterben-Gläubiger ist hieran in der Regel (s. jedoch § 2046 A 1) nicht gehindert. Im Verhältnisse zueinander sind sich die mehreren Erben nicht zu gleichen Anteilen (§ 426), sondern, soweit nichts anderes vom Erblasser verfügt oder vereinbart ist, nach Verhältnis der Erbteile verpflichtet. Und zwar können hierfür nicht die ideellen Erbquoten, sondern nur die wirklichen, nach durchgeführter Ausgleichung gemäß § 2055 sich herausstellenden Erbteile maßgebend sein. Nur auf dieser Grundlage wird wenigstens annähernd dasselbe Ergebnis erzielt, wie wenn die Nachlaßverbindlichkeit nach der Regel des § 2046 vorweg berichtigt wäre und nur so bleibt im Falle des § 2056 der betreffende Miterbe gegen die Herauszahlungspflicht gesichert. Einfluß der Ausgleichungspflicht auf die Haftung nach außen §§ 2059 A 4, 2060 A 1. Der Erwerber des Erbteils tritt, und zwar neben dem veräußernden Miterben, in die gesamtschuldnerische Haftung ein (§ 2033 A 3b). Das Gesamtschuldverhältnis der mehreren Erben begründet nicht notwendige Streitgenossenschaft (RG 25. 1. 09 IV 297/08), wenn nicht die Gesamthandklage aus § 2059 erhoben ist (RG 71, 370). Der Nachlaßgläubiger kann regelmäßig die Feststellung seiner Forderung in getrennten Prozessen gegen einzelne widerstreitende Erben verfolgen und ist ihnen gegenüber auch zur Kündigung berechtigt (RG 71, 369). Das Urteil erzeugt nur relative Wirkung unter den Prozeßparteien (RG Warn 08 Nr 487). Besonderer Gerichtsstand der Erbschaft nach ZPO § 28 auch wegen anderer als der in § 27 aufgezählten Nachlaßverbindlichkeiten, solange die Erben noch als Gesamtschuldner haften.

§ 2059

[1])Bis zur Teilung des Nachlasses[2]) kann jeder Miterbe die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er außer seinem Anteil an dem Nachlasse hat, verweigern[3]). Haftet er für eine Nachlaßverbindlichkeit unbeschränkt, so steht ihm dieses Recht in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Teiles der Verbindlichkeit nicht zu[4]).

Das Recht der Nachlaßgläubiger, die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse von sämtlichen Miterben zu verlangen, bleibt unberührt[5])[6]).

E II 1933 P 5 868—875.

1. Die gesamtschuldnerische Haftung der mehreren Erben (§ 2058) entsteht zwar, vorbehältlich § 1958, schon mit dem Erbfall. Sie ist aber dadurch gemildert, daß die Nachlaßgläubiger, wenn sie Befriedigung aus dem Nachlasse verlangen, gleichzeitig oder nacheinander (RG 68, 222) gegen sämtliche Miterben vorgehen müssen (Abs 2) und die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß nur auf Grund eines gegen alle Erben erlangten Urteils betreiben können (ZPO § 747). Wenden sie sich gegen einen einzelnen Miterben, so steht ihnen nur der

Zugriff in seinen Anteil am Nachlaß offen (Abs 1 Satz 1). In dem einen wie dem andern Falle sind die Miterben berechtigt, bis zur Teilung die Befriedigung aus ihrem Privatvermögen zu verweigern. Und selbst wenn ein Miterbe unbeschränkt haftet, so braucht er vor der Teilung dem Nachlaßgläubiger aus seinem Privatvermögen zunächst nicht gesamtschuldnerisch, sondern nur für die seinem Erbteil entsprechende Quote der Nachlaßverbindlichkeit aufzukommen.

2. Die **Teilung des Nachlasses** ist auch für die Pflichtteilslast von Bedeutung, § 2319. Sie ist vollzogen, wenn durch Vereinbarung der Erben oder deklarative Entscheidung des Richters die Erbengemeinschaft des § 2032 aufgehoben und die Nachlaßgegenstände den einzelnen Miterben überwiesen sind. Gleichgültig ist, ob nach Vorschrift des § 2046 Abs 1 zuvor die Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt sind. Der Nachlaß ist im Sinne des Gesetzes auch dann geteilt, wenn die Erbengemeinschaft nur in Ansehung einzelner Nachlaßgegenstände (Grundstück, Handelsgeschäft) sei es nach Vereinbarung der Erben (§ 2042 A 7 a. E.) oder auf Anordnung des Erblassers (§ 2044 A 1) fortgeführt wird. Entscheidend ist, ob nach dem Willen der Beteiligten das „gemeinschaftliche Vermögen (§ 2032 A 3)" als solches zu bestehen aufhören und der ermittelte Überschuß nach Verhältnis der Erbteile in ihr Privatvermögen übereignet werden sollte (§ 2047 A 1). Bei einer sich längere Zeit hinziehenden Abwickelung des Nachlasses ist Tatfrage, wann die eigentliche Teilung im Gegensatze zu bloß vorläufigen oder nachträglichen Verteilungen stattgefunden hat. Die Teilung kann auch in Überlassung des ganzen Nachlasses an einen Miterben gegen Abfindungen bestehen. Der Erwerber der übrigen Anteile wird damit nicht zum Alleinerben (§ 2033 A 2). Ebenso ist Teilung, wenn der ganze Nachlaß als Ergebnis durchgeführter Ausgleichung (§ 2056) nur einem Miterben zufällt (a. M. Planck A 6, e) oder wenn er vollständig zur Schuldentilgung verwendet worden ist.

3. Durch Geltendmachung der **Verweigerungseinrede** kann der einzelne Miterbe seine Verurteilung ebensowenig abwenden, wie durch die aufschiebenden Einreden (§ 2014 A 3). Wohl aber erreicht er damit, daß sie sachlich auf Leistung aus dem Nachlaßanteil oder aus dem ungeteilten Nachlasse einzuschränken ist. Dies geschieht am zweckmäßigsten dadurch, daß ihm mit der Formel des § 780 Abs 1 ZPO „die Beschränkung seiner Haftung" im Urteile vorbehalten wird (hierzu **RG** 71, 371), für den Fall, daß er bereits unbeschränkt haftet, s. A 4. Auf Grund dieses Vorbehaltes kann er demnächst in der Zwangsvollstreckung den Gläubiger gemäß §§ 781, 785 von dem Zugriff in „das Vermögen, das er außer seinem Anteil an dem Nachlasse hat" abhalten. Auch ohne Vorbehalt gilt das gleiche, wenn es sich um ein schon gegen den Erblasser ergangenes Urteil handelt (ZPO §§ 727, 779). Will sich der Gläubiger an den **Nachlaßanteil des Miterben** halten, so kann er diesen Anteil gemäß ZPO § 859 Abs 2 pfänden und sich überweisen lassen. Er erlangt dadurch die Möglichkeit, sich neben dem Miterben (§ 2033 A 3) an der Auseinandersetzung zu beteiligen (FGG § 86 Abs 2) und gemäß § 2046 Abs 1 seine Befriedigung herbeizuführen. Er kann sich aber auch gemäß ZPO §§ 857 Abs 5, 844 durch gerichtlich angeordnete Veräußerung des Anteils decken.

4. Der **unbeschränkt haftende Miterbe** hätte an sich als Gesamtschuldner (§ 2058) dem Nachlaßgläubiger für dessen ganze Forderung mit seinem Privatvermögen aufzukommen. Zur Milderung der hierin liegenden Härte gibt ihm aber das Gesetz bis zur Teilung und unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 2060, 2061 auch nach der Teilung das **beneficium divisionis:** Der Gläubiger kann ihm gegenüber seine Forderung vorläufig nur mit einem dem Erbteil des unbeschränkt haftenden Miterben entsprechenden Bruchteile durchsetzen. Und zwar ist hierfür die ideelle Erbquote, nicht der infolge Ausgleichung — die vor der Teilung noch gar nicht durchgeführt sein kann — sich ergebende reale Erbteil maßgebend (§ 2060 A 1). Wenn z. B. der Erbteil des X $1/3$ beträgt, so kann der Gläubiger seine Forderung von 3000 nur mit 1000 gegen den X einklagen. Zur Erlangung des Teilungsrechtes muß sich der Miterbe der Einrede bedienen. Das Gesetz spricht auch hier von einem Verweigerungsrechte, legt ihm aber die Wirkung, den Gläubiger vom Zugriff in das Privatvermögen auszuschließen (A 3), nur für einen Teilbetrag der geltend gemachten Forderung ($2/3$ von $3000 = 2000$) bei. In diesem besondern Sinne kann auch der unbeschränkt haftende Miterbe den Vorbehalt des § 780 ZPO im Urteil erwirken und demnächst gemäß §§ 781, 785 bis zur Teilung im Zwangsvollstreckungsverfahren verhindern, daß er auf mehr als den Anteil (1000) mit seinem Vermögen in Anspruch genommen wird. Zweckmäßig wird jedoch in diesem Falle die Verurteilung auf die ganzen 3000 zu richten und daneben auszusprechen sein, daß bis zur Teilung die Zwangsvollstreckung in das dem Schuldner außer seinem Anteil am Nachlasse zustehende Vermögen nur zum Betrage von 1000 zulässig sei. Tritt die unbeschränkte Haftung des Erben erst dadurch ein, daß er sich ohne den Vorbehalt des § 780 ZPO hat verurteilen lassen, so muß ihm nach § 767 Abs 2 ZPO trotzdem freistehen, das beneficium divisionis noch in der Zwangsvollstreckung geltend zu machen. Beruht die gesamtschuldnerische Haftung des Miterben außer auf § 2058 auch auf Unteilbarkeit der Leistung (§ 431), so wird, um dem Schuldner das gesetzliche beneficium zu erhalten, dem Gläubiger nur Geltendmachung des Geldwertes der Leistung gestattet werden dürfen.

5. Die **sämtlichen Miterben** und zwar neben dem Veräußerer auch der Erwerber des Nachlaßanteils (§ 2033 A 3) können gleichzeitig oder nacheinander vom Nachlaßgläubiger verklagt werden. Solange nicht gegen alle Erben oder ihre Rechtsnachfolger aus § 2033 oder in den Fällen des § 748 ZPO gegen den Testamentsvollstrecker Urteil ergangen ist, kann es zur **Zwangsvollstreckung in den Nachlaß** und seine Surrogate nicht kommen (ZPO §747). Sind sie gemeinschaftlich verklagt, so sind sie notwendige Streitgenossen (ZPO § 62). Der gegen alle erlangte Titel wirkt auch gegen die einzelnen Miterben und — falls der Gläubiger nicht (unnützerweise) sein Sachgesuch auf Leistung „aus dem Nachlasse" oder „aus dem ungeteilten Nachlasse" beschränkt hat — auch gegen ihr Privatvermögen, soweit sie sich nicht hiergegen durch Geltendmachung der allgemeinen zur Abwendung der unbeschränkten Haftung dienenden (Vorbem vor § 1967) und der besonderen aus Abs 1, sowie §§ 2060, 2061 sich ergebenden Rechtsbehelfe gesichert haben. Während der Dauer des Nachlaßkonkurses und der Nachlaßverwaltung (s. aber § 2062) ist die Verfolgung des Erben ganz ausgeschlossen (§ 1984 A 4), die des unbeschränkt haftenden Miterben nur in obigen Grenzen (A 4) zulässig. Sind die Miterben einzeln verklagt, so steht dem Verklagten die exceptio plurium nicht zu. Ist das Sachgesuch nicht auf Leistung aus dem Nachlasse oder dem Nachlaßanteil beschränkt, so haben sie ihre Rechte aus Abs 1 durch Erhebung der Verweigerungseinrede geltend zu machen. Art und Tragweite der beschränkten Haftung schon im Prozesse auszutragen (Vorbem 2 vor §§ 1967, 1990 A 7) wird dem einzelnen verklagten Erben nicht leicht möglich sein, da hierzu (insbesondere in den Fällen der §§ 1973, 1974, 1990—1992) Verfügungen über Nachlaßgegenstände vorausgesetzt sind, zu denen der Einzelne nicht berechtigt ist (§ 2040 Abs 1).

6. **Beweislast.** Der Gläubiger kann jeden Miterben oder alle zugleich als Gesamtschuldner (§ 2058) schlechthin und ohne sein Sachgesuch im Sinne der Absätze 1 und 2 einzuschränken auf Leistung der Nachlaßverbindlichkeit in Anspruch nehmen. Der oder die Beklagten sind dann für den Grund der von ihnen geltend zu machenden Verweigerungseinrede, d. h. dafür beweispflichtig, daß der Nachlaß noch nicht geteilt sei (a. M. Planck A 8). Haben sie sich mit dem Vorbehalt aus ZPO § 780 begnügt, so können sie diesen Beweis im Zwangsvollstreckungsverfahren nachholen. Der Beweis, daß und warum ein Miterbe unbeschränkt hafte, liegt dem Gläubiger ob. Dem gegenüber hat dieser Miterbe als Maßstab für seine Teilhaftung die Höhe seiner Erbquote zu beweisen. Inwieweit hierzu der Vorbehalt erforderlich ist s. A 4.

§ 2060

Nach der Teilung des Nachlasses haftet jeder Miterbe nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Nachlaßverbindlichkeit:[1]

1. **wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist**[2]**; das Aufgebot erstreckt sich insoweit auch auf die im § 1972 bezeichneten Gläubiger sowie auf die Gläubiger, denen der Miterbe unbeschränkt haftet**[3]**;**
2. **wenn der Gläubiger seine Forderung später als fünf Jahre nach dem im § 1974 Abs. 1 bestimmten Zeitpunkte geltend macht, es sei denn, daß die Forderung vor dem Ablaufe der fünf Jahre dem Miterben bekannt geworden oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist**[4]**; die Vorschrift findet keine Anwendung, soweit der Gläubiger nach § 1971 von dem Aufgebote nicht betroffen wird**[5]**;**
3. **wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet und durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt worden ist**[6][7]**.**

E II 1934 P 5, 875—879.

1. Der Grundsatz gesamtschuldnerischer Haftung mehrerer Erben (§ 2058) bleibt auch nach vollzogener Teilung des Nachlasses (§ 2059 A 2) in Kraft. Er wird nur in den Ausnahmefällen der Nr 1—3 und des § 2061 insofern durchbrochen, als der einzelne Erbe nicht für den ganzen Betrag der Nachlaßverbindlichkeit, sondern nur **für den seinem Erbteil entsprechenden Bruchteil der Schuld haftet.** Der in den §§ 2059—2061 gleichlautend wiederkehrende Ausdruck kann nicht verschieden gemeint sein. Auch hier ist deshalb im Verhältnis zu den Nachlaßgläubigern wie in § 2059 A 4 die ideelle Erbquote, nicht der durch etwaige Ausgleichungen verschobene reale Erbteil maßgebend (a. M. Strohal bei Planck § 2061 A 6). Nur im Verhältnis der Erben zueinander gilt das Umgekehrte (§ 2058 A 2). Hiernach kann von Dritten im Falle des § 2056 A 2 auch der leer ausgehende Miterbe nach Verhältnis seines Erbteils in Anspruch genommen werden. Der Gläubiger empfängt freilich doch nichts, wenn der verklagte Miterbe, der aus dem Nachlaß überhaupt nichts erlangt

hat, nur beschränkt haftet. Die Frage der Teilhaft gemäß §§ 2059—2061 hat überhaupt mit der Frage der beschränkten Haftung im technischen Sinne nichts zu tun (Vorbem 2 vor § 2058). Auch der unbeschränkt haftende Miterbe kann in allen Fällen der Nr 1—3 den Rechtsbehelf der Teilung geltend machen. Neben dem Erwerber des Nachlaßanteils bleibt auch der veräußernde Miterbe jenachdem anteilig oder gesamtschuldnerisch haftbar. Auch soweit sie nur anteilig haften, sind beide doch nach § 421 Gesamtschuldner.

2. **Aufgebot der Nachlaßgläubiger** §§ 1970—1974 (besondere Wirkung des Privataufgebots § 2061). Der von einem Erben gestellte Antrag und das von ihm erwirkte Ausschlußurteil kommen mit dem besonderen nach ZPO § 997 Abs 1 Satz 2 anzudrohenden Rechtsnachteil auch den übrigen Erben zu statten. Der Antrag begründet zugleich die aufschiebende Einrede aus § 2015. Aufschub der Auseinandersetzung (§ 2045) kommt hier „nach Teilung des Nachlasses" nicht mehr in Frage. Ob der Miterbe die Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers gekannt hat oder nicht, ist hier ebenso gleichgültig wie nach § 1973 A 5. Anders unten A 4.

3. Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen werden nach § 1972, Gläubiger, denen der Miterbe unbeschränkt haftet nach § 2013 Abs 1 vom Aufgebote nicht betroffen. Mit der beschränkten Wirkung des § 997 Abs 1 Satz 1 ZPO, also zum Zwecke der Teilhaftung kann jedoch der Miterbe auch diesen Gläubigern gegenüber das Aufgebot veranlassen. Insoweit ist er, auch wenn er unbeschränkt haftet, trotz § 991 Abs 1 ZPO antragsberechtigt.

4. Im Falle **verspäteter Geltendmachung der Forderung** ergibt sich a) anteilige Haftung des Miterben, wenn er wegen einer ihm unbekannt gebliebenen Forderung nach der Teilung und nach Ablauf von 5 Jahren seit dem Erbfall oder Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils in Anspruch genommen wird, dagegen b) gesamtschuldnerische Haftung auf den ganzen Betrag (§ 2058), wenn er zwar nach der Teilung, aber entweder innerhalb der Fünfjahrsfrist oder nach Fristablauf, aber wegen einer ihm vor Fristablauf bekannt gewordenen oder angemeldeten Forderung belangt wird. In den Fällen unter b kann er sich nur durch Herbeiführung des Nachlaßkonkurses, wenn die Voraussetzungen dafür vorhanden sind, gemäß Nr 3 nachträglich die Teilhaftung erwerben. Die Geltendmachung braucht nicht gerichtlich zu erfolgen (§ 1974 A 2). Für jeden Erben ist nur die eigene Kenntnis, nicht diejenige der Miterben maßgebend. Für dieselbe Forderung kann mithin ein Erbe gesamtschuldnerisch, ein anderer bloß anteilig haften.

5. Den in § 1971 genannten **dinglich Berechtigten** kann, soweit sie sich auf die dingliche Rechtsverfolgung beschränken, die Teilhaftung niemals entgegengehalten werden.

6. Das Gesetz läßt die **Eröffnung des Nachlaßkonkurses** auch nach der Teilung des Nachlasses zu (KO § 216 Abs 2) und gewährt sogar dem unbeschränkt haftenden Miterben das Recht, die Konkurseröffnung zu beantragen (KO § 217 Abs 1). Nr 3 muß deshalb auch diesen nachträglichen Nachlaßkonkurs im Auge haben. Da § 2060 selbst nicht unterscheidet, ist es unzulässig, die Teilhaftung nur für den Fall eintreten zu lassen, daß der Konkurs bereits vor der Teilung eröffnet worden sei (so Planck A 2, c, Staudinger A 5, c). Auch wäre unbillig, den Miterben, die durch eine erst nach der Teilung bekannt werdende Forderung zum Konkursantrage und damit zur Herausgabe der empfangenen Nachlaßüberschüsse gedrängt werden, die Rechtswohltat der Teilhaftung zu versagen, während sie bei früherem Bekanntwerden sogar dem unbeschränkt haftenden Miterben zusteht. Für Verzögerungen des Eröffnungsantrags bleiben die Erben aus § 1980 daneben verantwortlich. Ob die Masse unter die Gläubiger aufgeteilt, oder ob hiervon etwas für die Erben übrig geblieben ist, macht keinen Unterschied. Auch im ersteren Falle liegt „Teilung des Nachlasses" vor. Die Teilhaftung tritt im Falle des Zwangsvergleichs (KO § 230) nur ein, soweit der Vergleich selbst nichts anderes bestimmt.

7. **Beweislast.** Teilung des Nachlasses ist allgemeine Voraussetzung für die bloß anteilige Haftung und deshalb von dem sich hierauf berufenden Miterben zu beweisen. Er hat weiter zu beweisen, zu Nr 1: daß der Gläubiger ausgeschlossen ist, zu Nr 2: daß die Fünfjahrsfrist verstrichen ist, wogegen dem Gläubiger der Nachweis früher erlangter Kenntnis offen steht, zu Nr 3: Beendigung des Nachlaßkonkurses in der dort angegebenen Weise. Bezüglich des Vorbehalts aus ZPO § 780 s. § 2059 A 4 und 6. Da jedoch in § 2060 die Teilung regelmäßig als zur Zeit des Urteilserlasses vollzogen vorausgesetzt wird, so kommen spätere Einwendungen aus ZPO § 767 Abs 2 nur ausnahmsweise in Frage.

§ 2061

Jeder Miterbe kann die Nachlaßgläubiger öffentlich auffordern, ihre Forderungen binnen sechs Monaten bei ihm oder bei dem Nachlaßgericht anzumelden[1]). Ist die Aufforderung erfolgt, so haftet nach der Teilung jeder

Miterbe nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Forderung, soweit nicht vor dem Ablaufe der Frist die Anmeldung erfolgt oder die Forderung ihm zur Zeit der Teilung bekannt ist[2]).

Die Aufforderung ist durch den Deutschen Reichsanzeiger und durch das für die Bekanntmachungen des Nachlaßgerichts bestimmte Blatt zu veröffentlichen. Die Frist beginnt mit der letzten Einrückung. Die Kosten fallen dem Erben zur Last, der die Aufforderung erläßt[3])[4]).

E II 1935 P 5, 877—879.

1. Durch das **Privataufgebot** sichert der einzelne Miterbe sich und zugleich den übrigen Erben die Teilhaftung. Für die davon verschiedene Frage der Haftungsbeschränkung (Vorbem 2 vor § 2058) ist dagegen nur das förmliche Aufgebotsverfahren (§§ 1970 ff.) von Bedeutung. Auch der unbeschränkt haftende Erbe ist zum Privataufgebot berechtigt. Der Androhung eines Rechtsnachteils, wie in ZPO § 997 bedarf es nicht. — Aufschub der Auseinandersetzung § 2045.

2. Aufforderung, Fristablauf und Teilung (§ 2059 A 2) zusammen erst bewirken den Eintritt der **Teilhaftung** (§ 2059 A 4), auch zugunsten der unbeschränkt haftenden Erben. War die Teilung schon vor Fristablauf vorgenommen, so tritt der Erfolg erst mit dem Fristablauf ein. Eine erst nach vollzogener Teilung erlassene Aufforderung ist wirkungslos. Es verbleibt bei der gesamtschuldnerischen Haftung der Erben (§ 2058), wenn der Nachlaßgläubiger seine Forderung bei dem das Aufgebot erlassenden Miterben oder bei dem Nachlaßgericht — nicht bei einem beliebigen Miterben — anmeldet. Die ordnungsmäßige Anmeldung wirkt gegen alle Erben. Dagegen macht Kenntnis der Forderung nur denjenigen Erben der Teilhaftung verlustig, in dessen Person sie und zwar zur Zeit der Teilung eingetreten ist. Dieser Zeitpunkt bleibt entscheidend, wenn die Teilung auch erst geraume Zeit nach Ablauf der Frist vollzogen wird. Dagegen kann die verfrühte Teilung dem Erben nicht zugute kommen, wenn er noch vor Fristablauf Kenntnis erlangt. So abweichend vom gerichtlichen Aufgebotsverfahren, bei dem die Kenntnis oder Unkenntnis des Erben bedeutungslos ist (§ 2060 A 2). Das Privataufgebot wirkt auch für die Pflichtteilsberechtigten usw. (§ 1972), läßt aber die dinglich Berechtigten (§ 1971) unberührt.

3. Fristberechnung §§ 187, 188, 193. Nur die Kosten des gerichtlichen Aufgebotsverfahrens sind von vornherein Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 A 3), nicht auch diejenigen des privaten Aufgebots. Ein Erstattungsanspruch des Miterben, der das Privataufgebot erlassen hat, kann jedoch nach den Grundsätzen der Geschäftsführung (§ 683) gegeben sein.

4. **Beweislast.** Der sich auf Teilhaftung berufende Erbe hat den ordnungsmäßigen Erlaß der Aufforderung und die Teilung, der Gläubiger seine rechtzeitige Anmeldung oder die Kenntnis des betreffenden Erben zur Zeit der Teilung zu beweisen.

§ 2062

Die Anordnung einer Nachlaßverwaltung kann von den Erben nur gemeinschaftlich beantragt werden[1]); sie ist ausgeschlossen, wenn der Nachlaß geteilt ist.[2])

P 6, 342—344.

1. Der **Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung** (§ 1981) steht nicht, wie der Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses (KO § 217) jedem Miterben zu. Ein Mehrheitsbeschluß ist nicht bindend, da es sich nicht um einen Akt der Verwaltung handelt (§ 2038 A 3). Die hiernach unzulässig erfolgte Anordnung kann von den widersprechenden Erben trotz FGG § 76 Abs 1 mit Beschwerde angefochten werden.

2. **Sie ist ausgeschlossen nach Teilung des Nachlasses** (§ 2059 A 2), abweichend von § 1981, der für den Alleinerben keine zeitliche Schranke enthält und von KO § 216 Abs 2, der auch nach der Teilung den Nachlaßkonkurs zuläßt. Die Nachlaßverwaltung kann jetzt auch von einem Nachlaßgläubiger nicht mehr beantragt werden. Teilung kommt überhaupt nicht mehr in Frage, wenn von zwei Miterben einer dem andern seinen Erbteil verkauft hat (RG 27. 9. 07 VII 504/06). Über einen Erbteil kann weder Nachlaßverwaltung angeordnet, noch Nachlaßkonkurs eröffnet werden (KO § 235). Wohl aber ist Pfändung des Erbteils zulässig (§ 2033 A 3) Nach der Teilung können hiernach die Miterben die beschränkte Haftung nur durch Berufung auf §§ 1973, 1974, Herbeiführung des Nachlaßkonkurses oder mit der Unzulänglichkeitseinrede aus §§ 1990—1992 verwirklichen. Die Teilhaftung können sie sich jetzt nur noch auf Grund von § 2060 Nr 3 (A 6) oder durch Ablauf der Fünfjahrsfrist (Nr 2), keinesfalls durch ein jetzt erst veranlaßtes Aufgebotsverfahren (Nr 1) verschaffen.

§ 2063

Die Errichtung des Inventars durch einen Miterben kommt auch den übrigen Erben zustatten, soweit nicht ihre Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt ist[1]).

Ein Miterbe kann sich den übrigen Erben gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung auch dann berufen, wenn er den andern Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet[2]).

E I 2146 II 1936 M 5, 676, 677 P 5, 741, 747, 805.

1. **Inventarerrichtung** § 1993 ff. Ähnlich im Verhältnis zwischen Ehegatten § 2008, Vor- und Nacherben § 2144, Erbschaftskäufer und Verkäufer § 2383, beim Antrag auf Erlaß des Aufgebots ZPO § 997. Die Bestimmung der Inventarfrist muß gegenüber jedem Miterben besonders und braucht nicht einheitlich zu erfolgen. Das auch nur von einem Erben, jedoch über den ganzen Nachlaß (§ 2001 A 1) rechtzeitig und getreu errichtete Inventar wendet, ohne daß es erst noch der Bezugnahme gemäß § 2004 bedarf, von allen Miterben die unbeschränkte Haftung ab, soweit sie nicht dem einen oder dem andern durch Fristablauf (§ 1994) oder ungetreue Errichtung (§ 2005) oder Eidesverweigerung (§ 2006 Abs 3) oder endlich durch vorbehaltslose Verurteilung (ZPO § 780) bereits verloren gegangen ist.

2. Vorausgesetzt ist, daß ein **Miterbe zugleich Nachlaßgläubiger** ist, sei es daß es sich um bereits vom Erblasser herrührende oder erst infolge des Erbfalls entstandene Nachlaßverbindlichkeiten handelt, z. B. Ersatzansprüche wegen gehabter Aufwendungen. Sie sind zwar regelmäßig bei der Auseinandersetzung auszugleichen (§ 2042 A 3). Der Miterben-Gläubiger kann aber unter Umständen schon vorher Befriedigung fordern (§ 2046 A 1). In diesem Falle können die verklagten Miterben, und zwar auch wenn sie unbeschränkt haften, bis zur Teilung die Haftung mit dem eigenen Vermögen auf Grund § 2059 (A 3) verweigern. Nach der Teilung steht ihnen die Möglichkeit offen, durch Herbeiführung des Nachlaßkonkurses oder auf Grund §§ 1973, 1974, 1990—1992 ihre Haftung zu beschränken (§ 2062 A 2). Immerhin haben sie sich hierauf zu berufen und deshalb für Aufnahme des Vorbehalts aus ZPO § 780 in das Urteil Sorge zu tragen. Ist der Miterben-Gläubiger zugleich Schuldner, so hat er sich den auf ihn selbst entfallenden Anteil jedenfalls kürzen zu lassen. Ebenso kann der Miterbe, der über seinen Anteil hinaus geleistet hat, von den übrigen Erben nach den Grundsätzen des § 2058 A 2 Ersatz fordern.

Dritter Abschnitt

Testament

Erster Titel

Allgemeine Vorschriften.

Das Testament oder die letztwillige Verfügung ist im Gegensatz zum Erbvertrag (§ 1941) einseitige Verfügung von Todes wegen, § 1937. Sein möglicher Inhalt ist zu §§ 1938—1940 erörtert. Es muß nicht notwendig eine Erbeinsetzung enthalten. Von den verschiedenen Arten des Testaments, den Voraussetzungen und Formen der Errichtung und Aufhebung handeln §§ 2229—2264, von den gemeinschaftlichen Testamenten §§ 2265—2273. Hier beschränkt sich das BGB darauf, die streng persönliche Natur der letztwilligen Erklärungen hervorzuheben (§§ 2064, 2065), gewisse Auslegungsregeln bezüglich der Personen der Bedachten (§§ 2066—2073) und bezüglich gewisser bedingter Zuwendungen aufzustellen (§§ 2074—2076). Eine besondere auf Zuwendungen an Ehegatten bezügliche Bestimmung enthält § 2077. Die Anfechtung der letztwilligen Verfügung wegen Irrtums oder Drohung ist in §§ 2078—2083 geregelt. § 2084 nimmt den Grundsatz auf, daß in favorem testamenti auszulegen sei, §§ 2085, 2086 beschäftigen sich mit der teilweisen Unwirksamkeit oder der möglichen Unvollständigkeit letztwilliger Verfügungen. Insbesondere sind letzwillige Verfügungen auch für das Gebiet des ehelichen Güterrechts (§§ 1369, 1509, 1511 ff.), des Familienrechts (§§ 1598, 1638 ff., 1651, 1687 ff.) und des Vormundschaftsrechts zulässig (§§ 1777, 1782, 1792, 1797, 1803, 1856, 1868, 1880, 1909, 1917).

§ 2064

Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten[1]).

E I 1911 II 1937 M 5, 246, 247 P 5, 317.

1. Die gleiche Bestimmung gilt auch für den Erbvertrag (§ 2274) und den Erbverzicht (§ 2347). Die Notwendigkeit **persönlicher Errichtung des Testaments** besagt, daß der Erblasser die von ihm gewollten letztwilligen Verfügungen schlechterdings nur mit eigenem Mund oder eigener Hand erklären, daß er sich hierbei weder im Willen selbst noch in der Erklärung des Willens von andern (Boten oder irgendwelchen Mittelspersonen, auch nicht von seinem gesetzlichen Vertreter) vertreten lassen kann. Dies schließt nicht aus, daß er sich hierbei beraten läßt (FGG § 13) und daß er sich insbesondere zur Beurkundung oder zur vorbereitenden Niederschrift der letztwilligen Erklärungen (§ 2238 Abs 1) fremder Hilfe bedient. Damit ist das Pupillar- und Quasipupillartestament des gemeinen Rechts beseitigt.

§ 2065

[1])**Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, daß ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll**[2]).

Der Erblasser kann die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung nicht einem andern überlassen[3]).

E I 1765, 1770 Satz 1, 1777 Satz 1 II 1938 M 5, 30, 34—36, 41, 42 P 5, 15—21, 23, 34, 30, 39, 40.

1. Absatz 1 setzt eine in sich vollständige Willenserklärung voraus, deren Gültigkeit aber von der Bestimmung eines Dritten abhängig gemacht wird. Absatz 2 handelt von der Ergänzung einer an sich unvollständigen Willenserklärung durch Dritte. In beiden Fällen ist die letztwillige Verfügung, ohne daß es einer Anfechtung bedarf, unwirksam. Als der „Andere" (im Gegensatze zum Erblasser) kommt insbesondere auch der Beschwerte in Betracht.

2. **Bestimmung eines andern über Geltung der letztwilligen Verfügung.** Hierunter fällt die in das nackte Wollen (si voluerit) oder auch das verständige Wollen oder das billige Ermessen eines andern gesetzte Bedingung. Ebenso der Vorbehalt der Zustimmung z. B. des Gewalthabers. Dagegen ist es nicht unstatthaft, die Gültigkeit der Verfügung von dem Handeln eines Dritten abhängig zu machen, auch wenn es an sich in seine Willkür gestellt ist (Potestativbedingung), es sei denn, daß das Handeln nur auf eine Vertretung des Erblassers im reinen Wollen hinauslaufen soll. Ebensowenig ist unstatthaft, wenn dem Dritten bloß die Entscheidung darüber übertragen ist, ob eine vom Erblasser gesetzte Bedingung der Gültigkeit eingetreten ist (RG JW 00, 765[48]), z. B. ob der bedingt Bedachte sich wohl verhalten habe. So ist an sich ein Vermächtnis gültig, wenn der Erbe nur für einen bestimmten nicht eingetretenen Fall, dessen nähere Voraussetzungen der Erblasser selbst bestimmt hatte, nach seinem Gutbefinden von der Auszahlungspflicht entbunden war (RG 6. 6. 07 IV 529/06). Ob die unzulässige Bedingung als aufschiebende oder auflösende gesetzt ist, macht keinen Unterschied. Hiernach ist auch die dem Testamentsvollstrecker übertragene authentische Auslegung des letzten Willens weder für die Beteiligten noch für den Richter maßgebend (RG 66, 103).

3. **Bestimmung eines andern rücksichtlich der Zuwendung.** Die Zuwendung von Todes wegen umfaßt die Erbeinsetzung, das Vermächtnis und das Schenkungsversprechen (§ 2301 Abs 1). Die Vorschrift des § 2065 ist durch § 2192 auch auf die Auflage übertragen. Nicht hierher gehört der Fall, daß nach dem Willen des Erblassers die Person des Bedachten erst durch den Eintritt gewisser Umstände (Geburt eines Sohnes, vgl. auch § 2105) bestimmt werden soll oder wenn die Bestimmung erst im Wege der Auslegung zu ermitteln ist. Ausnahmsweise kann bei Vermächtnissen und gemäß §§ 2192, 2193 bei Auflagen die Bestimmung der Person des Bedachten oder doch die Auswahl unter gewissen mehreren Bedachten (§§ 2151—2153, auch § 2072) und ebenso unter gewissen Voraussetzungen die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung (§§ 2154—2156) gewissen Dritten überlassen sein. Bestimmung des Testamentsvollstreckers §§ 2198—2200. Erbauseinandersetzung nach billigem Ermessen eines Dritten § 2048.

§ 2066

Hat der Erblasser seine gesetzlichen Erben ohne nähere Bestimmung bedacht, so sind diejenigen, welche zur Zeit des Erbfalls seine gesetzlichen Erben

sein würden, nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile bedacht[1]). Ist die Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins gemacht und tritt die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall ein, so sind im Zweifel diejenigen als bedacht anzusehen, welche die gesetzlichen Erben sein würden, wenn der Erblasser zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Termins gestorben wäre[2]).

E I 1771 Abs 2 II 1939 M 5, 37 P 5, 32, 33.

1. Vorausgesetzt ist, daß der Erblasser die Personen der Bedachten als „**seine gesetzlichen Erben**" oder doch mit einem gleichwertigen Ausdruck (Intestaterben, Erben schlechthin, falls er überhaupt noch keine Erben berufen hat) bezeichnet. Sie sind **ohne nähere Bestimmung** bedacht (so auch in den folgenden Paragraphen), wenn es an jeder Angabe des Namens, Wohnorts oder sonstiger zur Individualisierung geeigneter Merkmale oder an einem Anhalte für Bemessung der Erbteile fehlt. Dann gelten nach positiver, den Willen des Erblassers ergänzender Vorschrift diejenigen Personen, und zwar als Testamentserben berufen, die ohne Testament nach der gesetzlichen Erbfolge gemäß §§ 1924 ff. berufen sein würden, vgl. aber auch § 2078 A 6. Die Zeit des Erbfalls — nicht der Testamentserrichtung — ist schon nach § 1923 maßgebend. Ähnlich bei der Ausgleichungspflicht § 2052.

2. In Übereinstimmung mit §§ 158 Abs 1, 163, 2074 gilt bei **bedingter oder befristeter Erbeinsetzung** als mutmaßlicher und bis zum Beweise des Gegenteils („im Zweifel") maßgeblicher Wille des Erblassers, daß für die Erbfolge die künftige Gestaltung der Verhältnisse zur Zeit des Eintritts der Bedingung maßgebend sein soll. So auch bei der Nacherbfolge § 2104. — Sind die gesetzlichen Erben eines Dritten bedacht, so entscheidet freie Auslegung.

§ 2067

Hat der Erblasser seine Verwandten oder seine nächsten Verwandten ohne nähere Bestimmung bedacht, so sind im Zweifel diejenigen Verwandten, welche zur Zeit des Erbfalls seine gesetzlichen Erben sein würden, als nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile bedacht anzusehen[1]). Die Vorschrift des § 2066 Satz 2 findet Anwendung[2]).

E I 1771 II 1940 M 5, 36, 37 P 5, 32, 33.

1. Gesetzliche Erbfolge der **Verwandten** §§ 1924—1930. Der überlebende Ehegatte und die Verschwägerten sind somit „im Zweifel" nicht bedacht. Auch die Bezeichnung „nächste Verwandte" schließt die Verwandten der entfernteren Ordnungen an sich nicht aus. Doch ist Auslegungsfrage, ob und inwieweit der Kreis der Bedachten mit Rücksicht auf Gradesnähe etwa enger gezogen werden sollte. Sind gewisse Verwandtengruppen genannt (Geschwister, Vettern), so entscheidet freie Auslegung, insbesondere auch, ob und wie halbbürtige Geschwister und Geschwisterkinder bedacht sind. Ebenso wenn den Verwandten eines Dritten etwas zugewendet ist. § 2067 will für diesen Fall keine Bestimmung treffen (RG Gruch 50, 386). „Ohne nähere Bestimmung" s § 2066 A 1.

2. Maßgebend Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Anfangstermins.

§ 2068

Hat der Erblasser seine Kinder ohne nähere Bestimmung[1]) bedacht und ist ein Kind vor der Errichtung des Testaments mit Hinterlassung von Abkömmlingen gestorben, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an die Stelle des Kindes treten würden.

E I 1772 II 1941 M 5, 37, 38 P 5, 33—35.

1. Ohne nähere Bestimmung § 2066 A 1.

2. Es handelt sich im Gegensatze zu § 2070 um die **eigenen Kinder** des Erblassers und im Gegensatze zu § 2069 darum, daß das Kind vor der Testamentserrichtung und zwar durch den Tod weggefallen ist. Ob der Erblasser hierbei den Tod des betreffenden Kindes gekannt hat oder nicht, macht keinen Unterschied. „Im Zweifel" (Auslegungsregel) denkt der Erblasser, wenn er von Kindern spricht, nicht bloß an Söhne und Töchter, sondern an Abkömmlinge schlechthin. An Stelle des verstorbenen Kindes treten dann seine Abkömmlinge nach Stämmen (§ 1924 Abs 3). Uneheliche Abkömmlinge des Erblassers kommen bei der Erbfolge nach dem

Vater nicht in Betracht. Sind die Kinder eines Dritten bedacht, so ist nach allgemeinen Auslegungsregeln zu entscheiden, ob hiermit auch deren Abkömmlinge gemeint sind (RG Gruch 50, 386). Die Vorschrift gilt nicht, wenn das Erbrecht eines Kindes vor der Testamentserrichtung in anderer Weise als durch den Tod erledigt ist (Ausschließung § 1938, Erbverzicht § 2349). Anfechtungsrecht übergangener pflichtteilsberechtigter Abkömmlinge § 2079.

§ 2069

Hat der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht¹) und fällt dieser nach der Errichtung des Testaments weg, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden²).

E I 1773 II 1942 M 5, 37, 38 P 5, 33—35.

1. Der **eigene Abkömmling des Erblassers** kann namentlich bedacht oder durch Auslegung (§ 2068) als bedacht ermittelt sein. Ob der Grundsatz des § 2069 auch anzuwenden ist, wenn Abkömmlinge Dritter, insbesondere naher Angehöriger bedacht sind, ist Auslegungsfrage.

2. Im Gegensatze zu § 2068 ist vorausgesetzt, daß der unmittelbar Bedachte erst **nach der Testamentserrichtung**, vielleicht erst nach dem Erbfall **wegfällt**, sei es durch Tod (wie in § 2068) oder durch Ausschließung, Ausschlagung, Erbunwürdigkeit oder Erbverzicht. Für diesen Fall gelten „im Zweifel" (Auslegungsregel) die nach § 1924 Abs 3 gesetzlich an seiner Stelle berufenen Abkömmlinge als letztwillig — im Wege der Ersatzberufung — bedacht (§§ 2096, 2190). Im Falle des Erbverzichts erstreckt sich dessen Wirkung freilich regelmäßig auf die Abkömmlinge des Verzichtenden (§ 2349). Die Vorschrift ist auch anwendbar, wenn der näher bezeichnete Abkömmling zwar schon vor der Testamentserrichtung gestorben ist, aber wenigstens nach der Vorstellung des Erblassers noch gelebt hat (§ 2053 A 1, § 2107). Sie gilt auch beim Erbvertrag (§ 2279) und dem gemeinschaftlichen Testament auch wenn es sich um Abkömmlinge des zuerst versterbenden Ehegatten handelt (RJA 4, 27).

§ 2070

Hat der Erblasser die Abkömmlinge eines Dritten ohne nähere Bestimmung bedacht,¹) so ist im Zweifel anzunehmen, daß diejenigen Abkömmlinge nicht bedacht sind, welche zur Zeit des Erbfalls oder, wenn die Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins gemacht ist und die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall eintritt, zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Termins noch nicht erzeugt sind²).

E I 1774 II 1943 M 5, 38, 39 P 5, 35.

1. Ohne nähere Bestimmung § 2066 A 1. **Abkömmlinge eines Dritten** im Gegensatze zu eigenen Abkömmlingen in §§ 2068, 2069. Letzterenfalls kann es dem durch freie Auslegung zu ermittelnden Willen des Erblassers entsprechen, die zu den betreffenden Zeitpunkten noch nicht erzeugten Abkömmlinge wenigstens zu Nacherben zu berufen (§ 2101 A 1).

2. Die Auslegungsregel des Gesetzes („im Zweifel") geht davon aus, daß die Absicht des Erblassers, wenn er Abkömmlinge eines Fremden bedenkt, nicht auf Begründung einer Nacherbfolge oder eines Nachvermächtnisses (§ 2191) gerichtet ist, wenn solche Abkömmlinge zu den betreffenden Zeitpunkten nicht mindestens erzeugt waren (§ 1923 A 2). Die Hinausschiebung bis zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Anfangstermins entspricht § 2066 A 2.

§ 2071

Hat der Erblasser ohne nähere Bestimmung eine Klasse von Personen oder Personen bedacht, die zu ihm in einem Dienst- oder Geschäftsverhältnisse stehen,¹) so ist im Zweifel anzunehmen, daß diejenigen bedacht sind, welche zur Zeit des Erbfalls der bezeichneten Klasse angehören oder in dem bezeichneten Verhältnisse stehen²).

E I 1775 II 1944 M 5, 39, 42 P 5, 35, 36.

1. **Personenklassen, Dienst- und andere Personen.** Ohne nähere Bestimmung § 2066 A 1. Immerhin muß der Kreis der einzelnen Bedachten durch feste Merkmale soweit begrenzt sein, daß eine Individualisierung möglich ist.

2. Die **Zeit des Erbfalls** gilt als der maßgebende Zeitpunkt (Auslegungsregel „im Zweifel"), wenn nicht ein anderer z. B. auf frühere Dienstboten hinweisender Wille des Erblassers bewiesen werden kann.

§ 2072

Hat der Erblasser die Armen ohne nähere Bestimmung bedacht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die öffentliche Armenkasse der Gemeinde, in deren Bezirk er seinen letzten Wohnsitz gehabt hat, unter der Auflage bedacht ist, das Zugewendete unter Arme zu verteilen[1]).

E I 1776 II 1945 M 5, 39, 40 P 5, 36, 37.

1. Erbeinsetzung und Vermächtnis zugunsten der „**Armen**" schlechthin werden umgedeutet in die Zuwendung an eine bestimmte öffentliche Kasse (UWG v. 30. 5. 08 § 3) mit der Auflage, das Zugewendete nach ihrem Ermessen unter beliebige Arme — nicht bloß der letzten Wohnsitzgemeinde — zu verteilen, § 2193. Eigne verfolgbare Rechte erwachsen daher den Armen nicht, die Vollziehung kann nur gemäß § 2194 verlangt werden. Ohne nähere Bestimmung § 2066 A 1. Wohnsitz §§ 7—11. Auch wenn die Armen nur auf die Zinsen angewiesen sind, kann das Kapital selbst als der Armenkasse zugewendet gelten RG 52, 283).

§ 2073

Hat der Erblasser den Bedachten in einer Weise bezeichnet, die auf mehrere Personen paßt, und läßt sich nicht ermitteln, wer von ihnen bedacht werden sollte, so gelten sie als zu gleichen Teilen bedacht[1]).

E I 1768 II 1946 M 5, 32, 33 P 5, 22.

1. Vorausgesetzt ist, daß der Erblasser einen bestimmten Bedachten im Auge gehabt, ihn auch unter irgend einer näheren Bestimmung (§ 2066 A 1) an sich genügend individualisiert hat, daß aber, weil die Merkmale auf mehrere Personen passen, eine **Ungewißheit des Bedachten** bestehen bleibt, z. B. mein Enkel Karl, die Luisenstiftung, wenn mehrere Enkel, mehrere Stiftungen dieses Namens bestehen. Die Bezeichnung „paßt" nur dann auf mehrere, wenn für sie die gleichen, nicht bloß ähnliche Voraussetzungen zutreffen (RG 1. 10. 06 IV 80/06). Zunächst sind die gewöhnlichen Auslegungsmittel zu erschöpfen (§ 133). Erst wenn sie versagen, greift das Gesetz im Widerspruch mit der wahren Absicht des Erblassers mit der Fiktion ein, daß Teilung der Zuwendung unter die Mehreren gewollt sei. Verschieden hiervon der Fall, daß der Erblasser von vornherein mehrere wahlweise bedacht hat, §§ 2151, 2152.

§ 2074

[1])Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung gemacht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Zuwendung nur gelten soll, wenn der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt[2]).

E I 1761 II 1947 M 5, 24, 25 P 5, 11—13.

1. Die allgemeinen Vorschriften über **Bedingung und Zeitbestimmung** (§§ 158—163) gelten grundsätzlich auch für Verfügungen von Todes wegen. Insbesondere sind Erbeinsetzungen und Vermächtnisse unter aufschiebenden wie auflösenden Bedingungen, unter Bestimmung eines Anfangs- wie eines Endtermins zulässig. Bei Erbeinsetzungen kommt dann Nacherbfolge in Frage (§§ 2103—2105, 2139), Anfall des Vermächtnisses §§ 2174, 2176, 2177. Bezüglich gewisser Arten von Bedingungen enthält das Gesetz auch für das Erbrecht keine besonderen Vorschriften (M 5, 16—23). So nicht bezüglich der uneigentlichen Bedingungen (der notwendigen, weil auf Gegenwart oder Vergangenheit abgestellten oder der conditiones juris) oder der unmöglichen, widersinnigen und unerlaubten Bedingungen. Die letztere wird, mag sie als aufschiebende oder auflösende gesetzt sein, nach §§ 134, 138 regelmäßig die ganze letztwillige Verfügung, wiewohl unter Vorbehalt des § 139 nichtig machen. Endlich sind kaptatorische Verfügungen an sich nicht verboten. Die privatorische Klausel (Entziehung des Zugewendeten, falls die Verfügung selbst angefochten werde) ist zulässig. Der Streit über die Echtheit oder den Sinn des Testamentes oder den Bestand des Nachlasses wird hiervon nicht betroffen. Im allgemeinen ist durch freie richterliche Auslegung zu ermitteln, ob überhaupt eine Bedingung gesetzt ist und welche Wirkung ihr nach dem Willen des Erblassers zukommen soll. In das nackte Wollen des Dritten gesetzte Bedingung § 2065 A 2.

2. **Aufschiebende Bedingung** § 158 Abs 1. Daß der Erbe jedenfalls den Erbfall erlebt haben muß, bestimmt schon das Gesetz (§ 1923 Abs 1). Ist er zu diesem Zeitpunkt nur aufschiebend bedingt berufen, so würde sich die ihm hierdurch eröffnete Anwartschaft, Erbe oder doch Nacherbe zu werden (§ 2105 Abs 1) gemäß § 1952 auf seine Erben vererben. Da dies regelmäßig nicht dem Willen des Erblassers entspricht, so legt ihn das Gesetz dahin aus („im Zweifel"), daß der Bedachte, um Erbe zu werden, nicht bloß den Erbfall, sondern auch den Eintritt der Bedingung erlebt haben müsse. Stirbt er vor diesem Zeitpunkte, so gilt die Bedingung als ausgefallen und von einem Übergang der erloschenen Anwartschaft auf seine Erben kann nicht mehr die Rede sein. Unter einer aufschiebenden Bedingung: Wegfall des Bedachten ist auch der Ersatzerbe berufen (§ 2096). Da jedoch im Falle der Ausschlagung oder Erbunwürdigkeit des erstberufenen Erben der Anfall an den Ersatzerben auf die Zeit des Todes des Erblassers zurückbezogen wird (§§ 1953 Abs 2, 2344 Abs 2), so genügt — wenn kein anderer Wille des Erblassers erhellt —, daß der Ersatzerbe den Erbfall erlebt hat. Stirbt er, während die Ersatzerbfolge noch ungewiß ist, so gehen seine bedingten Erbrechte im Zweifel auf seine Erben über. Die Auslegungsregel des § 2074 gilt auch für den unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzten Nacherben (§ 2108 Abs 2). Auch das Ersatzvermächtnis (§ 2190) gilt entgegen der Regel des § 2177 als dem Ersatzvermächtnisnehmer schon mit dem Zeitpunkte angefallen, wo es der zunächst Bedachte, wenn er nicht ausgeschlagen hätte, erworben haben würde (§ 2180 Abs 3). Jedenfalls muß der Vermächtnisnehmer den Erbfall erlebt haben (§ 2160). — Ist für die Zuwendung ein Anfangstermin bestimmt (§ 163), so handelt es sich bei der Erbeinsetzung immer um den Fall der Nacherbfolge (§ 2105 Abs 1). Das Erbrecht geht dann im Falle des § 2108 Abs 2 Satz 1 regelmäßig auf die Erben des Berufenen über. Bei Vermächtnissen ist damit nach § 2177 auch der Anfall hinausgeschoben. Ob der dies incertus der Bedingung gleichzustellen sei, ist Tatfrage.

§ 2075

Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter der Bedingung gemacht, daß der Bedachte während eines Zeitraums von unbestimmter Dauer etwas unterläßt oder fortgesetzt tut,[1] **so ist, wenn das Unterlassen oder das Tun lediglich in der Willkür des Bedachten liegt, im Zweifel anzunehmen, daß die Zuwendung von der auflösenden Bedingung abhängig sein soll, daß der Bedachte die Handlung vornimmt oder das Tun unterläßt.**[2]

E I 1764 II 1948 M 5, 28, 29 P 5, 14, 15.

1. Ist das **Unterlassen oder Tun als Bedingung der Zuwendung** für bestimmte Dauer vorgeschrieben (drei Jahre nicht Alkohol trinken), so ist der Fall des § 2074 gegeben. Bei **unbestimmter Dauer** (wenn der Bedachte sich nicht scheiden läßt, sich nicht verheiratet, allsonntäglich zur Kirche geht) wäre die Zuwendung nach § 2074 auf unabsehbare Zeit, vielfach bis zum Tode des Bedachten hinausgeschoben. Dies entspricht regelmäßig nicht dem Willen des Erblassers.

2. Das Gesetz deutet deshalb mittelst einer Auslegungsregel („im Zweifel") die aufschiebende in eine **auflösende Bedingung entgegengesetzten Inhalts** um, jedoch nur, wenn die Erfüllung der Bedingung in die **Willkür** des Bedachten gestellt ist (Potestativbedingung). Es bleibt mithin bei der Regel des § 2074, wenn ein zufälliges Ereignis als Bedingung gesetzt war (wenn das verloren geglaubte Schiff aus Asien zurückkehrt). Die Zuwendung fällt nach § 2075 dem Bedachten sogleich mit dem Erbfall an, ihre Wirkung endigt aber gemäß § 158 Abs 2 mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung, d. h. mit dem Augenblicke des Zuwiderhandelns oder des Nichtmehrhandelns. Sicherheit für Wiederherstellung des früheren Zustandes, Herausgabe der Zuwendung (cautio Muciana) hat der Bedachte nicht zu leisten. Darüber, ob der Bedachte auch die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen herauszugeben hat (§ 159), entscheidet der zu ermittelnde Wille des Erblassers.

§ 2076

Bezweckt die Bedingung, unter der eine letztwillige Zuwendung gemacht ist, den Vorteil eines Dritten, so gilt sie im Zweifel als eingetreten, wenn der Dritte die zum Eintritte der Bedingung erforderliche Mitwirkung verweigert.[1]

E I 1763 II 1949 M 5, 27, 28 P 5, 13, 14.

1. **Bedingung zum Vorteil eines Dritten.** Der allgemeine Grundsatz des § 162, wonach **böswillige Vereitelung der Bedingung als Eintritt der Bedingung gilt**, findet auch bei den

Verfügungen von Todes wegen Anwendung. Im übrigen wird der wirkliche Eintritt der Bedingung durch bloße Erfüllungsbereitschaft des Bedachten nicht ersetzt, wenn sie nicht nach freier Auslegung vom Erblasser als genügend erachtet worden ist. Eine den Willen des Erblassers ergänzende, aber widerlegbare Vorschrift gibt § 2076 nur für den Fall, daß die Zuwendung nicht bloß wie jede Zuwendung unmittelbar den Vorteil des Bedachten, sondern zugleich mittelbar den Vorteil eines Dritten bezweckt (X soll 100 erhalten, wenn er dem Z die Benutzung seiner Giebelmauer gestattet). Dieser Zweck darf regelmäßig als gewollt gelten, wenn der Vorteil selbst außer Zweifel steht. Verschieden von dem hier vorausgesetzten Tatbestand ist die Zuwendung an X unter einer Auflage zugunsten des Z (§§ 1940, 2195). Die an den Dritten zur Erfüllung einer Bedingung gemachte Leistung ist nicht selbst Zuwendung (§ 1939 A 4). Ist sie als Vermächtnis gewollt (§ 1939), so geht der hiermit beschwerte zunächst Bedachte dadurch, daß der Dritte das Vermächtnis ablehnt, der ihm gemachten Zuwendung überhaupt nicht verlustig (§ 2085).

§ 2077

Eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, ist unwirksam, wenn die Ehe nichtig oder wenn sie vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist.[1]) Der Auflösung der Ehe steht es gleich, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte.[2])

Eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Verlobten bedacht hat, ist unwirksam, wenn das Verlöbnis vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist.[3])

Die Verfügung ist nicht unwirksam, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen haben würde.[4])

E I 1783 II 1950 M 5, 53—55 P 5, 58, 59.

1. Die **Unwirksamkeit der Verfügung zugunsten des Ehegatten** wird auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers zurückgeführt, bedarf deshalb nicht der Anfechtung, tritt aber nach Abs 3 nicht ein, wenn ein gegenteiliger Wille erhellt. Der Ehegatte oder Verlobte braucht nicht ausdrücklich in dieser Eigenschaft bedacht zu sein. Auch muß es genügen, wenn er in Erwartung des Zustandekommens der Ehe bedacht und die Zuwendung nach Eheschließung nicht widerrufen ist. **Nichtigkeit** der Ehe nach §§ 1323—1328 oder infolge wirksamer Anfechtung nach § 1343 Abs 1. Geltendmachung der Nichtigkeit § 1329, der Anfechtung §§ 1341, 1342. **Auflösung** der Ehe infolge von Scheidung § 1564, der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gleichsteht (§§ 1575, 1586) oder durch Wiederverheiratung nach vorausgegangener Todeserklärung (§ 1348). Ist die Ehe oder das Verlöbnis bereits vor dem Erbfall durch Tod des Bedachten aufgelöst, so werden die ihm gemachten Zuwendungen schon nach §§ 1923, 2108, 2160 hinfällig. Entziehung des Pflichtteils § 2335.

2. Satz 2 entspricht wörtlich dem § 1933, wonach unter den gleichen Voraussetzungen das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen ist.

3. **Verlöbnis** §§ 1297 ff. Auch der ungerechtfertigte Rücktritt wirkt Auflösung. Für die hierdurch vereitelten Erbaussichten ist nur im Rahmen des § 1298 Ersatz möglich. Hat das Verlöbnis zur Ehe geführt, so bleibt Abs 1 anwendbar.

4. Die **Beweislast** trifft den früheren Ehegatten oder Verlobten, der behauptet, die Aufrechterhaltung der Zuwendung entspreche dem Willen des Erblassers. War der Ehegatte ausdrücklich auch für den Fall der Scheidung mit geringen und bedingten Zuwendungen bedacht, so ist Tatfrage, ob der Erblasser nur die bei Errichtung der Verfügung ihm bekannten oder allgemein auch spätere Eheverfehlungen verzeihen wollte (RG 14. 6. 06 IV 532/05). — Ähnliche Bestimmungen beim gemeinschaftlichen Testament § 2268 und beim Erbvertrag § 2279.

§ 2078

[1])Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte[2]) und anzunehmen ist, daß er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde.[3])

Das Gleiche gilt, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist.[4])

Die Vorschriften des § 122 finden keine Anwendung.[5])[6])

E I 1779—1781 II 1951 M 5, 45—50 P 5, 44—52, 62, 63.

1. Von der Anfechtbarkeit zu unterscheiden ist die **Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen.** Sie kann darauf beruhen, daß der Erblasser der Testierfähigkeit ermangelt (§§ 2229, 2230), daß die gesetzliche Form nicht beobachtet ist (§ 125), daß die Verfügung ihrem Inhalte nach etwas völlig Unbestimmtes, Widersinniges, rechtlich oder tatsächlich Unmögliches, Unerlaubtes oder Unsittliches anordnet. Auch der Mangel der Ernstlichkeit der Verfügung (das fertige Testament bedeutet nur eine Schreibübung, ist einem Dritten nur erst zur Begutachtung vorgelegt, § 118) bewirkt Nichtigkeit, während die Willensmängel des geheimen Vorbehalts und des Scheingeschäfts (§§ 116, 117), weil bei der letztwilligen Verfügung kein Erklärungsempfänger vorhanden ist, nicht in Frage kommen. In allen diesen Fällen tritt die Nichtigkeit ohne weiteres ein und kann jederzeit von jedem Beteiligten, so auch in Form der Feststellungsklage (§ 256 ZPO), geltend gemacht werden. Durch Vergleich der Beteiligten können die erbrechtlichen Wirkungen einer nichtigen Verfügung nicht aufrechterhalten oder durch andere dergleichen ersetzt, sondern nur schuldrechtliche Verbindlichkeiten begründet werden.

2. Die Willensmängel des Irrtums und der Drohung führen nur zur **Anfechtbarkeit** und erst im Erfolge (§ 142 Abs 1) zur Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung. In wörtlicher Übereinstimmung mit § 119 Abs 1 unterscheidet das Gesetz beim **Irrtum** — dem Unkenntnis gleichsteht — zwischen Irrtum über den Inhalt der Erklärung, insbesondere über das Wesen der Erklärung als einer Verfügung von Todes wegen (der Erblasser kleidet unverbindliche briefliche Wünsche in die Form des Privattestaments) und Irrtum, der zur Abgabe einer Erklärung andern als des gewollten Inhalts veranlaßt (sich Verschreiben, Versprechen). So läßt **RG** 6. 11. 05 IV 229/05 Anfechtung eines gerichtlichen Testaments zu, in dem nur die gesetzlichen Erben des Mannes als Nacherben berufen waren, während Erblasserin die beiderseitigen Verwandten als solche einsetzen wollte. Nicht betroffen sind jedoch die Fälle, in denen es sich lediglich um eine ungenaue oder unrichtige, aber im Wege der Auslegung richtig zu stellende Ausdrucksweise des Erblassers handelt (falsa demonstratio non nocet). Gleichgültig ist namentlich auch in den Fällen des Abs 2, wodurch der Erblasser, insbesondere ob er durch Täuschung in den Irrtum versetzt worden (**RG** 59, 40 insbesondere Verhältnis zu § 2339 Nr 3) und ob es sich um tatsächlichen oder um Rechtsirrtum handelt. Immer wird aber die letztwillige Verfügung durch Anfechtung nur beseitigt, **soweit** sie von Irrtum oder von der Drohung beeinflußt war. Es ist deshalb zugleich in Hinblick auf § 2085 von Amts wegen zu prüfen, ob die Tragweite einer gegen die ganze Verfügung gerichteten Anfechtung nicht auf einzelne darin enthaltene Sonderverfügungen zu beschränken ist (**RG** 17. 3. 04 IV 384/03). Eine auf § 2079 gegründete Anfechtung schließt nicht zugleich auch die Anfechtung wegen Irrtums aus § 2078 in sich (**RG** 13. 5. 07 IV 244/06).

3. Abweichend von § 119 Abs 1 ist die irrtümlich getroffene Verfügung nicht **d**o auf zu prüfen, ob sie der Erblasser „bei verständiger Würdigung des Falles" abgegeben haben würde. Das Gesetz läßt keinen objektiven Maßstab, sondern nur die **subjektive Denk- und Anschauungsweise des Erblassers** entscheiden. Steht wesentlicher ursächlicher Irrtum fest, so versagt **RG** 59, 40 den Gegenbeweis, daß der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage ebenso verfügt hätte. Daß ihm ein Irrtum in der Person des Bedachten gleichgültig gewesen sei, wird nicht leicht nachzuweisen sein. Unbedeutende Irrungen in der Summe und dem Gegenstande der Zuwendung, bei Teilungs- und andern Anordnungen werden die Wirksamkeit der Verfügung kaum beeinträchtigen. Hierbei kann das Verhalten des Erblassers selbst, der von dem Anfechtungsgrunde noch Kenntnis erhalten hat, von Bedeutung sein. Daß er den Widerruf der Verfügung unterlassen hat, schließt jedoch die Anfechtung nicht aus.

4. Als Anfechtungsgrund läßt das Gesetz auch den **Irrtum im Beweggrund** gelten, dem es sonst grundsätzlich die Anerkennung versagt. Es ist gleichgültig, ob der Irrtum von selbst aufgetreten oder von einem Dritten durch arglistige Täuschung hervorgerufen ist. Er kann den Erblasser dazu verleitet haben, einen vermeintlich der Vergangenheit oder Gegenwart angehörenden Umstand zur Zeit der Verfügung als eingetreten anzunehmen (Tod eines früher eingesetzten Erben, besondere Bedürftigkeit des Bedachten). Oder einen Umstand als künftig eintretend (oder nicht eintretend) in Betracht zu ziehen, der sich wider sein Erwarten demnächst nicht verwirklicht (oder verwirklicht), vielleicht, ohne daß er hiervon weiß, sich schon zur Zeit der Errichtung der Verfügung verwirklicht oder nicht verwirklicht hatte (daß sich der Bedachte mit der X verheiraten oder nicht verheiraten, daß ihn die bedachte Haushälterin nicht mißhandeln werde). Vorausgesetzt ist, daß der Erblasser durch derartige irrtümliche Gründe zur letztwilligen Verfügung überhaupt oder zu einzelnen darin getroffenen Anordnungen bestimmt oder doch wesentlich mitbestimmt ist, daß also zwischen Irrtum und Ver-

fügung ein ursächlicher Zusammenhang besteht (RG 50, 240, bes. 59, 33). Dieser Beweis wird erleichtert, wenn der Erblasser in der Verfügung selbst seinen Beweggrund, etwa in der Form der Voraussetzung angegeben hat (expressa causa nocet). Er kann aber auch, wenn dies nicht geschehen, durch andere Umstände erbracht werden. Die Anfechtbarkeit der durch **Drohung** erzwungenen letztwilligen Verfügung entspricht den allgemeinen Grundsätzen (§ 123 Abs 1). Erbunwürdigkeit des Drohenden § 2339 Nr 3. Widerrechtlichkeit des mit der Drohung verfolgten Zwecks genügt, so die Drohung der Haushälterin, den hilfsbedürftigen Erblasser zu verlassen, wenn er nicht testiere (RG JW 02, 286[242]).

5. Kein Anspruch des Bedachten, der infolge der Anfechtung die ihm gemachte Zuwendung verliert, auf Ersatz des negativen Interesses.

6. Die **Wirkung der Anfechtung** erschöpft sich in der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung (§ 142 Abs 1). Die Anfechtung kann deshalb nicht den Erfolg haben, demjenigen, welchen der Erblasser aus Irrtum zu bedenken unterlassen und deshalb gar nicht erwähnt oder ausgeschlossen hat, nachträglich die ihm eigentlich zugedachte Zuwendung zu verschaffen (RG 15. 10. 06 IV 111/06). Er könnte nur kraft gesetzlicher Erbfolge Erbe werden und auch diese ist ausgeschlossen, wenn der ganze Nachlaß gültig vergeben bleibt (RG 12. 10. 05 IV 185/05). Doch kann die vom Erblasser gebrauchte zu allgemeine Bezeichnung der Erben („meine gesetzlichen Erben") auf den wirklich gewollten engeren Kreis dieser Erben (nur die vollbürtigen, nicht auch die halbbürtigen Geschwister) beschränkt und die Erbeinsetzung insoweit aufrecht erhalten werden (RG 70, 391). Eine Bestätigung der anfechtbaren Verfügung (§ 144) durch den Erblasser, der selbst nicht Anfechtungsberechtigter ist, kommt nicht in Frage (a. M. Dernburg V § 46, IV, 4). Doch kann er sich in einer neuen letztwilligen Verfügung darauf beschränken, die ältere trotz ihrer Anfechtbarkeit aufrecht zu erhalten. Der Anfechtungsberechtigte kann auf die Anfechtung verzichten, ob nur zugunsten eines oder aller Anfechtungsgegner, ist Tatfrage. Vergleich und Urteil wirken nach allgemeinen Grundsätzen nur unter den Parteien. — Person des Anfechtungsberechtigten § 2080 Abs 2. Anfechtung des Erbvertrags §§ 2281 ff.

§ 2079

Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat[1]), dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist[2]). Die Anfechtung ist ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde[3]).

E I 1782 II 1952 M 5, 50—53 P 5, 52—58.

1. **Übergehung des Pflichtteilsberechtigten** (§ 2303) steht im Gegensatze zur Ausschließung (§ 1938). Letztere setzt die Absicht des Erblassers voraus, dem Pflichtteilsberechtigten nichts zuzuwenden. Bei der Übergehung fehlt es an dieser Absicht, der Übergangene geht aber infolge anderweiter Vergebung des Nachlasses tatsächlich leer aus und behält nur den Pflichtteilsanspruch (RG 59, 62). Dieser Erfolg pflegt gegenüber nahen Angehörigen dem Willen des Erblassers nicht zu entsprechen. Das Gesetz gewährt deshalb mit dem Anfechtungsrecht dem Übergangenen ein Mittel, sich mehr als den Pflichtteil, regelmäßig den vollen gesetzlichen Erbteil zu verschaffen. Er muß jedoch zur Zeit des Erbfalls, wenn auch nur als Erzeugter und zwar als Pflichtteilsberechtigter (bezüglich der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern vgl. § 2309) vorhanden gewesen sein. Ist er zu dieser Zeit wieder verstorben oder noch nicht einmal erzeugt, so stehen ihm oder seinen Erben nach §§ 1923, 2303 weder Erb- noch Pflichtteilsrechte zu. Ist ein Abkömmling erst infolge Wegfalls eines Vorfahren pflichtteilsberechtigt geworden, so wird er meist nach § 2069 als bedacht und deshalb nicht übergangen zu gelten haben. Nicht übergangen ist nach RG 50, 238 eine Ehefrau, die bereits vor der Verheiratung mit dem Erblasser seine Wirtschafterin und mit einer letztwilligen Zuwendung vom Erblasser bedacht worden war. Ebensowenig das Kind des vorverstorbenen Sohnes, wenn der Erblasser dem ganzen Sohnesstamm nur den Pflichtteil zugewendet hatte (RG 2. 7. 06 IV 40/06).

2. Das Anfechtungsrecht ist weiter davon abhängig, daß der Pflichtteilsberechtigte **aus Irrtum oder Unkenntnis des Erblassers** übergangen, nicht bedacht ist. Sonst könnte nur bewußte Übergehung, d. h. Ausschließung (A 1) in Frage kommen. Die Unkenntnis kann darauf beruhen, daß der Erblasser von der Existenz des Pflichtteilsberechtigten überhaupt nichts gewußt oder ihn bereits verstorben geglaubt hat. Daß der Erblasser von einer bestimmten Vorstellung hierüber beherrscht gewesen sei, ist nicht nötig. Die Bemerkung „da mein Ehe-

mann vor 25 Jahren nach Amerika ausgewandert und voraussichtlich nicht mehr am Leben ist" schließt als bloße Mutmaßung die Unkenntnis der Erblasserin davon, daß er noch am Leben war, nicht aus (RG JW 07, 203[9]). Der Unkenntnis steht aber auch gleich, wenn er zwar die Person des Pflichtteilsberechtigten, vielleicht sogar seine das Pflichtteilsrecht begründenden verwandtschaftlichen Beziehungen gekannt, aber aus tatsächlichem oder aus Rechtsirrtum (Annahme eines Verzichts § 2346) sein Pflichtteilsrecht als nicht bestehend oder wieder erloschen angesehen hat. Unkenntnis wird vom Gesetz immer vermutet, wenn das Pflichtteilsrecht des Übergangenen erst **nach Errichtung der letztwilligen Verfügung entstanden ist.** So insbesondere wenn er erst nach dieser Zeit geboren oder legitimiert (§§ 1719, 1723, 1736) oder an Kindes Statt angenommen (§§ 1741, 1757) oder Ehegatte des Erblassers geworden ist (§ 2303 Abs 2). Läßt der Erblasser in Kenntnis der neuen Sachlage das nunmehr anfechtbar gewordene Testament auch jetzt noch bei Kräften, so kann nach Satz 2 die Anfechtung ausgeschlossen sein (RG 7. 1. 09 IV 403/08).

3. **Beweislast.** Der Tatbestand des Satz 1 ist vom Anfechtungskläger (§ 2080 Abs 3) zu beweisen. Hiergegen steht dem Anfechtungsgegner nicht nur der Gegenbeweis offen, daß der Erblasser nicht geirrt, sondern den Pflichtteilsberechtigten habe ausschließen *wollen*. Vielmehr kann er, auch wenn er die Unkenntnis zugeben muß, die Anfechtungsklage schon durch den Nachweis zu Falle bringen, daß der Erblasser auch **bei Kenntnis der Sachlage** nicht anders verfügt hätte. Für Feststellung dieser allein maßgebenden Willensmeinung des Erblassers kommen alle erheblichen Umstände, seien es begleitende oder nachfolgende in Betracht. Es ist aber zu prüfen, ob der unterrichtete und alle Möglichkeiten bedenkende Erblasser die angefochtene Verfügung vollinhaltlich ebenso oder nur in einem zugunsten des Pflichtteilsberechtigten beschränkten Umfange („**soweit**") getroffen haben würde. Gegenstand der Anfechtung ist zwar die letztwillige Verfügung diese als Ganzes betrachtet. Allein je nach der Sachlage kann es genügen, die den Pflichtteilsberechtigten verkürzenden Anordnungen nicht ganz zu streichen, sondern nur entsprechend zu mindern (hierzu RG 59, 63). — Für Anfechtung älterer (gemeinschaftlicher) Testamente ist grundsätzlich das neue Recht maßgebend. Sie findet aber materiell ihre Grenze, soweit der überlebende Ehegatte bereits vor dem 1. 1. 00 gebunden war (RG 62, 13, auch RG Gruch 50, 108). Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge neben dem Recht der märkischen Witwe RG 65, 249.

§ 2080

Zur Anfechtung ist derjenige berechtigt, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde[1]).

Bezieht sich in den Fällen des § 2078 der Irrtum nur auf eine bestimmte Person und ist diese anfechtungsberechtigt oder würde sie anfechtungsberechtigt sein, wenn sie zur Zeit des Erbfalls gelebt hätte, so ist ein anderer zur Anfechtung nicht berechtigt[2]).

Im Falle des § 2079 steht das Anfechtungsrecht nur dem Pflichtteilsberechtigten zu[3]).

E I 1784 II 1953 M 5, 55—57 P 5, 59—66.

1. **Anfechtungsberechtigte.** Der Erblasser selbst bedarf bei der freien Widerruflichkeit letztwilliger Verfügungen (§ 2253) der Anfechtung nicht. Dritte sind hierzu nur berechtigt, soweit ihnen die Aufhebung **unmittelbar,** also nicht erst „beim Wegfall eines andern (§ 2341)" **zustatten kommt.** Hiernach sind — bezüglich der ganzen oder nur eines Teils der letztwilligen Verfügung (§§ 2078 A 2, 2079 A 3) — anfechtungsberechtigt: die gesetzlichen Erben soweit Fremde, der früher Berufene soweit ein später eingesetzter Erbe, der Ersatzerbe soweit der Haupterbe, der Alleinerbe und die Miterben soweit Miterben überhaupt oder soweit sie zu höheren Anteilen anfechtbar berufen sind. Bei Vermächtnissen kommt die Aufhebung dem Beschwerten, der anfechtbare Widerruf dem Bedachten zustatten. Die durch Verbot der Auseinandersetzung (§ 2044), durch Teilungsanordnungen (§ 2048), durch Bestellung eines Testamentsvollstreckers Beschwerten, die im Pflichtteil Beschränkten (§§ 2305, 2336) sind an der Beseitigung solcher anfechtbaren Beschränkungen, der bestellte Testamentsvollstrecker ist an dem Widerruf seiner Bestellung unmittelbar interessiert. Die nächsten Interessenten an den in familienrechtlicher Beziehung getroffenen Anordnungen (Vorbem vor § 2064) ergeben sich von selbst. Maßgebend für das Interesse ist die *Zeit des Erbfalls*. Da aber die Wirkung der *Ausschlagung* auf diesen Zeitpunkt zurückverlegt wird (§ 1953 A 1), so muß bezüglich der Erbeinsetzung und des Vermächtnisses (§ 2180 Abs 3), wenn der eigentlich Anfechtungsberechtigte ausschlägt, auch der statt seiner Berufene als unmittelbar beteiligt und deshalb anfechtungsberechtigt gelten. Ob der zunächst Berechtigte sogleich ausgeschlagen oder erst angefochten und dann ausgeschlagen hat (soweit die Anfechtung nicht als Annahme

zu gelten hat, § 1943 oder soweit die hierin zu befindende Annahme nicht mit Erfolg angefochten ist, § 1954), macht keinen Unterschied. Jedenfalls bricht mit der Ausschlagung auch seine Legitimation zur Anfechtung nachträglich, aber mit Rückbeziehung auf die Zeit des Erbfalls zusammen. Das Gleiche hat zu gelten, wenn der Nächstberechtigte für erbunwürdig erklärt wird (§ 2344). Die Anfechtung der letztwilligen Verfügung kann dem hierdurch Benachteiligten nur dann zustatten kommen, wenn sie den erlittenen Nachteil auch wirklich auszugleichen vermag. Dies ist nicht der Fall, wenn der Erblasser zwar dem Fremden X eine Zuwendung machen wollte, sich aber durch Irrtum oder Drohung hiervon hat abhalten lassen. Die Anfechtung (des X) kann niemals den Erfolg haben, einem zwar gehegten, aber überhaupt nicht erklärten Willen des Erblassers Geltung zu verschaffen.

2. Wenn der Erblasser aus **Irrtum** seinen Bruder A nur deshalb nicht bedacht hat, weil er ihn verstorben glaubte, so ist nur A und wenn er nach dem Erblasser stirbt, so sind nur seine Kinder und Erben aus § 2078 anfechtungsberechtigt. Sie sind es aber nicht, wenn A schon vor dem Erblasser verstorben ist, obwohl sie im Falle erfolgreicher Anfechtung unmittelbar als gesetzliche Erben in Betracht kämen. Denn auf die Kinder hatte sich der Irrtum des Erblassers nicht bezogen. Im Fall der **Drohung** gilt die Beschränkung des Abs 2 nicht. Doch ist nach Abs 1 nur anfechtungsberechtigt, wem die Anfechtung zustatten kommt (A 1 a E).

3. Das einmal entstandene Anfechtungsrecht ist Vermögensrecht und deshalb **vererblich.** Dagegen ist das nackte Recht unter Lebenden **nicht übertragbar,** da die Entscheidung darüber, ob hiervon Gebrauch zu machen sei, nur demjenigen zusteht, auf dessen Person die Voraussetzungen des § 2080 zutreffen. Nur nach seiner Person bestimmt sich auch der Fristenlauf. Wohl aber kann es der Ausübung nach einem Dritten überlassen werden. Hat der Berechtigte das im Wege der Anfechtung erst zu verwirklichende Recht (das Recht auf den Nachlaßanteil § 2033, die Vermächtnisforderung) übertragen, so muß auch das hierzu dienende Anfechtungsrecht als mit übertragen gelten. Umgekehrt kann mit Abtretung des Anfechtungsrechts die Abtretung des damit erst zu erstreitenden Rechts gemeint sein. Zusammen mit diesem Recht ist das Anfechtungsrecht auch pfändbar. Doch kann der Schuldner nicht wider seinen Willen zur Anfechtungserklärung genötigt werden. — Von mehreren Berechtigten ist jeder für sich zur Ausübung des Anfechtungsrechts befugt, soweit die Voraussetzung des Abs 1 auf ihn zutrifft.

§ 2081

Die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Erbe eingesetzt, ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen, ein Testamentsvollstrecker ernannt oder eine Verfügung solcher Art aufgehoben wird, erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte[1]).

Das Nachlaßgericht soll die Anfechtungserklärung demjenigen mitteilen, welchem die angefochtene Verfügung unmittelbar zustatten kommt. Es hat die Einsicht der Erklärung jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht[2]).

Die Vorschrift des Abs. 1 gilt auch für die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Recht für einen andern nicht begründet wird, insbesondere für die Anfechtung einer Auflage[3]).

E II 1954 P 5, 66—68, 70—72; 6, 344.

1. Abweichend von der Regel des § 143 Abs 1, wonach die Anfechtung dem jeweiligen Anfechtungsgegner gegenüber zu erklären ist, schreibt das Gesetz in den Fällen des Abs 1 und 3 **Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht** vor (so auch § 1955). Sie bedarf keiner besonderen Form, muß aber, um wirksam zu werden, dem Nachlaßgericht zugegangen sein (§ 130). Erbeinsetzung §§ 2087 ff. einschließlich der Einsetzung eines Nacherben § 2100, Ausschließung § 1938, Ernennung eines Testamentsvollstreckers und Bestimmung seines Wirkungskreises §§ 2197 ff., Aufhebung solcher Verfügungen §§ 2253 ff.

2. Mitteilungspflicht übereinstimmend mit §§ 1953, 1957 u. a. Die Wirksamkeit der Anfechtung selbst ist hiervon nicht abhängig. Die Mitteilung an den Antragsgegner kann aber eine Anfechtung ersetzen, die nach der Regel des § 143 unmittelbar diesem Gegner gegenüber abzugeben gewesen wäre.

3. Nur Verpflichtungen, **keine Rechte werden begründet** durch die Auflage (§ 1940), durch das Verbot der Auseinandersetzung (§ 2044) und durch familienrechtliche Anordnungen (Vorbem vor § 2064), ebensowenig durch Aufhebung derartiger Verfügungen. Dasselbe gilt von Beschränkungen und Entziehung des Pflichtteils (§§ 2305, 2336). Auch hier geschieht in Ermangelung eines Berechtigten die Anfechtung gegenüber dem Nachlaßgerichte. Die Regel

des § 143 Abs 1 bleibt deshalb in der Hauptsache nur bestehen, wenn es sich um die Anfechtung von Vermächtnis- und (Rechte begründenden) Teilungsanordnungen (§ 2048) oder um Aufhebung solcher Anordnungen handelt.

§ 2082

Die Anfechtung kann nur binnen Jahresfrist erfolgen[1]).

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung[2]).

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit dem Erbfalle dreißig Jahre verstrichen sind[3]).

E I 1785 II 1955 M 5, 68, 69; 6, 396.

1. Die (abweichend von § 121 Abs 1 bestimmte) **Jahresfrist** ist als gesetzliche Ausschlußfrist sowohl dem Anfechtungsgegner im Falle des § 143 als dem Nachlaßgerichte gegenüber (§ 2081) maßgebend. Fristberechnung §§ 187, 188.

2. **Kenntnis erlangen** vgl. § 1944 A 3. Der Anfechtungsgrund ist mit dem Erbfall und dem Inhalt der letztwilligen Verfügung in Verbindung mit den einen Irrtum des Erblassers oder einen gegen ihn ausgeübten Zwang ergebenden Tatumständen der §§ 2078, 2079 entstanden. Von alledem muß der Anfechtungsberechtigte Kenntnis erlangt haben. Der Fristbeginn ist nicht wie in § 1944 Abs 2 auf die Verkündung der Verfügung abgestellt. Es genügt, daß er irgendwie von ihrem Inhalt unterrichtet worden ist (RG 66, 31). § 203: Stillstand der Rechtspflege und höhere Gewalt, § 206: Mangel der Vertretung des Geschäftsunfähigen ꝛc. § 207: wenn das Anfechtungsrecht zu einem Nachlasse gehört oder gegen den Nachlaß des Anfechtungsgegners zusteht.

3. Die **dreißigjährige Frist** (entsprechend § 195) greift ohne Rücksicht auf erlangte Kenntnis durch. Den Beweis, daß er die Jahresfrist eingehalten habe, hat der Anfechtende zu führen. Dem Gegner steht der Gegenbeweis schon früher erlangter Kenntnis offen. — Geltendmachung nach Fristablauf § 2083.

§ 2083

Ist eine letztwillige Verfügung, durch die eine Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird, anfechtbar, so kann der Beschwerte die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung nach § 2082 ausgeschlossen ist[1]).

E II 1956 P 5, 70.

1. Der wegen Fristablaufs nicht mehr verfolgbare Anfechtungsanspruch kann zeitlich unbeschränkt noch durch **Einrede** geltend gemacht werden, wenn dem Berechtigten durch anfechtbare Verfügung eine Leistung (Vermächtnis, Auflage, Einwerfung eines Vorempfangs) auferlegt ist (ähnlich §§ 821, 853). Einer besonderen Anfechtungserklärung nach §§ 2081, 143 bedarf es in diesem Falle nicht. Auf Erbeinsetzungen oder Teilungsanordnungen ist die Vorschrift nicht anwendbar, da es sich hierbei nicht um Leistungen handelt. — Übertragen auf den Fall der Erbunwürdigkeit § 2345.

§ 2084

Läßt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung verschiedene Auslegungen zu, so ist im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann[1]).

E I 1778 II 1957 M 5, 43—45 P 5, 43, 44.

1. Die Vorschrift gibt die allgemeine **Auslegungsregel** des § 133 in besonderer Beziehung auf das Erbrecht wieder. Sie geht nicht darauf aus, den Bedachten zu begünstigen, sondern nur darauf, wenn verschiedene Auslegungen möglich sind, die Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügung, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt zu fördern (RG Gruch 53, 97, vgl. auch § 140). Im übrigen ist die Auslegung durch keinerlei Regeln beengt. Sie findet nur darin ihre Grenze, daß sie einmal an der vorliegenden Willenserklärung irgend einen, wenn auch noch so geringen Anhalt finden muß, anderseits dem völlig unzweideutig ausgedrückten Willen nicht geradezu zuwiderlaufen darf. Innerhalb dieser Grenzen können auch sonstige formlose Äußerungen des Erblassers und außerhalb des Testaments liegende Umstände für die Willenserforschung verwertet werden. Auch stillschweigende Willens-

erklärungen sind wirksam (RG 14. 11. 04 IV 170/04). Die Vorschrift gilt auch für Auslegung der vor 1. 1. 00 errichteten Testamente. Doch ist auf die dem Erblasser etwa bekannten Auslegungsregeln und die Sprachweise des älteren Rechts insofern Bedacht zu nehmen, als er sich dem anpassen und seinen Inhalt zum Bestandteil seines Willens machen wollte (RG 59, 83, s. auch JW 02 Beil 216[63], JW 04, 144[14]). Authentische Auslegung durch TV ist für den Richter nicht maßgebend, RG 66, 103.

§ 2085

Die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde[1]).

E I 1787 II 1958 M 5, 60 P 5, 69.

1. Der Grundsatz des § 139, daß teilweise Nichtigkeit in der Regel das ganze Rechtsgeschäft nichtig mache, ist zwar für das gegenseitige Testament und den Erbvertrag festgehalten (§§ 2270, 2298), aber für Testamente in das Gegenteil verkehrt: grundsätzliche **Selbständigkeit der mehreren im Testament getroffenen Einzelverfügungen.** Steht hiernach die Unwirksamkeit der einen Verfügung fest, so ist derjenige, welcher die Unwirksamkeit auch der übrigen Verfügungen behauptet, beweispflichtig dafür, daß sie der Erblasser ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde (RG 63, 29). Besondere Anwendung des Grundsatzes beim Vermächtnis § 2161, bei der unter einer Auflage gemachten Zuwendung § 2195, bei Zuwendungen an Urkundspersonen § 2235, bei Beurteilung der Tragweite des Widerrufs § 2258. Zuwendung und Auflage sind im Verhältnis zueinander selbständige Verfügungen. Teilweise Unwirksamkeit der Zuwendung hat deshalb nicht notwendig den Wegfall der damit verknüpften Auflage zur Folge, wenn nicht vom Erblasser die Abhängigkeit der Auflage vom Bestande der Zuwendung gewollt war (RG Gruch 52, 1087). Ein Nachtragstestament kann trotz Nichtigkeit des ersten Testaments bei Kräften bleiben (RG Warn 08 Nr 74). Die **Unwirksamkeit** begreift nicht bloß die Nichtigkeit (wegen Formmangels RG 63, 23), sondern auch das Hinfälligwerden des Testaments aus andern Gründen: Ausschlagung, Ausfall der Bedingung usw. (testamentum destitutum) in sich.

§ 2086

Ist einer letztwilligen Verfügung der Vorbehalt einer Ergänzung beigefügt, die Ergänzung aber unterblieben, so ist die Verfügung wirksam, sofern nicht anzunehmen ist, daß die Wirksamkeit von der Ergänzung abhängig sein sollte[1]).

E I 1767 II 1859 M 5, 31, 32 P 5, 21.

1. Während Unvollständigkeit der Einigung im Zweifel das Zustandekommen des Vertrags hindert (§ 154), gilt im Gegenteil die letztwillige Verfügung als jetzt schon wirksam, obgleich der Erblasser durch einen **Vorbehalt** in der Verfügung selbst angedeutet hat, daß sie in der vorliegenden Gestalt seinen endgültigen letzten Willen noch nicht enthalte. Der Beweis, daß sie als jetzt schon wirksam nicht gewollt sei, liegt demjenigen ob, welcher sich auf die Unwirksamkeit beruft. — Der Vorbehalt von Nachzetteln (Kodizillarklausel) ist für das BGB bedeutungslos, da auch die „Ergänzung" immer an die Formen der letztwilligen Verfügung gebunden ist. Dasselbe gilt von den im Testament in Bezug genommenen Urkunden, soweit sie das Testament ergänzende Willenserklärungen, nicht bloß genauere Bezeichnungen und Erläuterungen des Erklärten enthalten (testamentum mysticum).

Zweiter Titel

Erbeinsetzung

§ 2087

Hat der Erblasser sein Vermögen oder einen Bruchteil seines Vermögens dem Bedachten zugewendet, so ist die Verfügung als Erbeinsetzung anzusehen, auch wenn der Bedachte nicht als Erbe bezeichnet ist[1]).

Sind dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er Erbe sein soll, auch wenn er als Erbe bezeichnet ist[2]).

E I 1788 II 1960 M 5, 61 P 5, 72, 73; 6, 347, 348.

1. Es kommt lediglich auf den sachlichen und rechtlichen Inhalt der letztwilligen Verfügung, nicht auf die gesetzestechnische Bezeichnung oder auf sakramentale Worte an (§ 133). Für die **Erbeinsetzung** (§ 1937) ist deshalb entscheidend, ob nach dem Willen des Erblassers sein Vermögen als Ganzes oder nach Bruchteilen des Ganzen auf einen oder mehrere andere Personen übergehen soll (§ 1922). Bedingte und befristete Erbeinsetzung § 2074. Ob und mit welchem Inhalt eine alternative Erbeinsetzung wirksam ist, unterliegt freier Auslegung. Sie kann als unbedingt gewollt auch in einen Bedingungssatz eingekleidet sein (positus in condicione). Daß die Erbeinsetzung die ganze Erbschaft vergebe, ist nicht erforderlich (§ 2088).

2. Mit **Zuwendung einzelner Gegenstände** (Sachen oder Rechte § 90) oder mit Zuwendung des Pflichtteils (RG 61, 15) will der Erblasser, wenn er sich über die rechtliche Bedeutung seiner Verfügung klar ist, nur Forderungen an seinen Nachlaß begründen (§§ 1939, 2174, 2304, 2317). So legt das Gesetz seinen Willen „im Zweifel" sogar dann aus, wenn er sich hierbei der technischen Bezeichnung „Erbe" bedient hat. Es kann sich aber hinter dem ungenauen nur einzelne Gegenstände hervorhebenden Ausdruck auch wahrer Erbeinsetzungswille verbergen. So wenn das ganze Vermögen nur nach besonders wichtigen Vermögensstücken bezeichnet wird (mein Hof, mein Geschäft, meine Wertpapiere) oder wenn das Vermögen nach Gruppen von Gegenständen ganz oder doch vermeintlich ganz aufgeteilt wird (bewegliches, unbewegliches Vermögen). Auch die Zuwendung einer Summe kann unter Umständen als Bruchteil der zu einem gewissen Wert veranschlagten Erbschaft gemeint sein. Insoweit ist auch nach BGB Erbeinsetzung ex re certa möglich. Gegebenenfalls sind dann die Bruchteile nach dem Wertsverhältnis der einzelnen Gegenstände zu bestimmen, es kann auch Erbeinsetzung unter gegenseitiger Beschwerung mit Vermächtnissen oder Teilungsanordnungen gewollt sein. Zuwendung einer dem Erblasser selbst angefallenen Erbschaft oder der Bruchteile einer solchen Erbschaft ist regelmäßig Vermächtnis (§ 1939 A 2). Ebenso Bruchteil vom Reinertrag der Erbschaft, den der Erbe mit dem Bedachten teilen soll (legatum partitionis). Dagegen ist Nacherbfolge, wenn dem Erben auferlegt ist, die ganze Erbschaft an einen Dritten herauszugeben, § 2103.

§ 2088

Hat der Erblasser nur einen Erben eingesetzt und die Einsetzung auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt, so tritt in Ansehung des übrigen Teiles die gesetzliche Erbfolge ein.

Das Gleiche gilt, wenn der Erblasser mehrere Erben unter Beschränkung eines jeden auf einen Bruchteil eingesetzt hat und die Bruchteile das Ganze nicht erschöpfen[1]).

E I 1790 II 1961 M 5, 63, 64 P 5, 73, 74.

1. Das BGB lehnt hiermit den Satz ab: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Vorausgesetzt ist, daß der oder die mehreren eingesetzten Erben auf — für jeden besonders oder gemeinschaftlich — ausgeworfene **Bruchteile beschränkt** sind, die den Nachlaß nicht erschöpfen und nach der Ansicht des Erblassers nicht erschöpfen sollten. Sonst schlägt § 2089 ein. Gehört der eingesetzte zugleich zu den gesetzlichen Erben, so ist Auslegungsfrage, ob und wieweit er in letzterer Eigenschaft nochmals zur Erbfolge gelangen soll.

§ 2089

Sollen die eingesetzten Erben nach dem Willen des Erblassers die alleinigen Erben sein, so tritt, wenn jeder von ihnen auf einen Bruchteil der Erbschaft eingesetzt ist und die Bruchteile das Ganze nicht erschöpfen, eine verhältnismäßige Erhöhung der Bruchteile ein[1]).

E I 1794 II 1964 M 5, 65, 66 P 5, 74.

1. Die Berufenen sind die **alleinigen Erben,** wenn sie nach dem Willen des Erblassers nicht, wie im Falle des § 2088 auf Bruchteile beschränkt sind. Das **Verhältnis** der bestimmten Bruchteile zueinander, nicht Kopfteile sind maßgebend. Es sind eingesetzt A zu $1/3$, B zu $1/4$, C zu $1/8$ oder auf den gemeinschaftlichen niedrigsten Nenner gebracht A zu $8/24$, B zu $6/24$, C zu $3/24$. Sie erben ($8+6+3=17$) je $8/17$, $6/17$ und $3/17$. Ebenso beim Vermächtnis § 2157 Gemeinschaftlicher Erbteil § 2093.

§ 2090

Ist jeder der eingesetzten Erben auf einen Bruchteil der Erbschaft eingesetzt und übersteigen die Bruchteile das Ganze, so tritt eine verhältnismäßige Minderung der Bruchteile ein[1]).

E I 1793 II 1963 M 5, 65 P 5, 74.

1. Es sind A zu 1/2, B zu 1/3, C zu 1/4 eingesetzt oder auf den gemeinschaftlichen niedrigsten Nenner gebracht A zu 6/12, B zu 4/12, C zu 3/12. Sie erben (6 + 4 + 3 = 13) je 6/13, 4/13, und 3/13. Ebenso beim Vermächtnis § 2157. Gemeinschaftlicher Erbteil § 2093. S. auch § 2092 Abs 2. Daß die Auslegung zu einem andern Ergebnis führt, ist nicht ausgeschlossen. Wird der Nachlaß nach und nach in aufeinanderfolgenden Testamenten vergeben, so kommt auch § 2258 in Betracht.

§ 2091

Sind mehrere Erben eingesetzt, ohne daß die Erbteile bestimmt sind, so sind sie zu gleichen Teilen eingesetzt, soweit sich nicht aus den §§ 2066 bis 2069 ein anderes ergibt[1]).

E I 1792 II 1962 M 5, 64 ,65 P 5, 74.

1. Sind die **Erbteile unbestimmt** gelassen und kann durch Auslegung ein anderer Wille des Erblassers nicht ermittelt werden (so insbesondere aus der Gruppierung der Erben nach Stämmen, „Frau und Kinder" oder andern auf das gesetzliche Erbrecht deutenden Bezeichnungen), so ergänzt ihn das Gesetz dahin, daß Teilung nach Köpfen gewollt sei (so insbesondere, wenn die Erben hintereinander namentlich aufgeführt sind). Es behandeln § 2066: Einsetzung der „gesetzlichen Erben", § 2067: der „Verwandten", § 2068: der „Kinder", § 2069: der „eigenen Abkömmlinge". Für Einsetzung der Enkel stellt das BGB keine Regel auf. Ebenso beim Vermächtnis § 2157. Gemeinschaftlicher Erbteil § 2093. Unbestimmtheit infolge eines nicht ergänzten Vorbehalts § 2086.

§ 2092

Sind von mehreren Erben die einen auf Bruchteile, die andern ohne Bruchteile eingesetzt, so erhalten die letzteren den freigebliebenen Teil der Erbschaft[1]).

Erschöpfen die bestimmten Bruchteile die Erbschaft, so tritt eine verhältnismäßige Minderung der Bruchteile in der Weise ein, daß jeder der ohne Bruchteile eingesetzten Erben so viel erhält wie der mit dem geringsten Bruchteile bedachte Erbe[2]).

E I 1795 II 1965 M 5, 66—68 P 5, 74, 75.

1. Eingesetzt sind A zu 1/3, B zu 1/4, C und D ohne Bruchteile. Es erhalten C und D die freigebliebenen 5/12 und zwar gemäß § 2091 zu gleichen Teilen, somit jeder 5/24 der Erbschaft.

2. Eingesetzt sind A zu 3/4, B zu 1/3, C und D ohne Bruchteile. Es erhalten zunächst C und D jeder soviel wie B, also je 1/3. Gemäß § 2090 sind sodann die auf 3/4, 1/3, 1/3 und 1/3 anzunehmenden Erbteile in 9/12, 4/12, 4/12, 4/12 oder 9/21, 4/21, 4/21, 4/21 = 21/21 umzuwandeln. Sind die Erben ausdrücklich auf den nach Abzug der bestimmten Bruchteile verbleibenden Überrest eingesetzt, so ist die Erbeinsetzung im Falle des Abs 2 widersinnig und könnte nur gehalten werden, wenn damit Ersatz- oder Nacherbenberufung gewollt ist. Ebenso beim Vermächtnis § 2157. Das Vorausvermächtnis gilt für den damit bedachten Erben als reines Vermächtnis (§ 2150) und erleidet deshalb keine Minderung. Gemeinschaftlicher Erbteil § 2093.

§ 2093

Sind einige von mehreren Erben auf einen und denselben Bruchteil der Erbschaft eingesetzt (gemeinschaftlicher Erbteil)[1]), so finden in Ansehung des gemeinschaftlichen Erbteils die Vorschriften der §§ 2089 bis 2092 entsprechende Anwendung[2]).

E I 1796 II 1966 M 5, 68, 69 P 5, 75.

1. Der **gemeinschaftliche Erbteil**, dessen Begriffsbestimmung hier gegeben wird, begründet nach dem mutmaßlichen Willen des Erblassers eine besondere Gemeinschaft der darauf berufenen Erbengruppen oder Untergruppen, die vermöge des Anwachsungsrechts (§§ 2094, 2095) und der Bevorzugung in der Ersatzerbfolge (§ 2098 Abs 2) auch beim Wegfall einzelner daran beteiligter Erben aufrecht erhalten bleibt. Ob der Erblasser die mehreren Erben auf

einen und denselben Erbteil berufen wollte, ist durch freie Auslegung zu ermitteln. Die bloße Zusammenfassung mehrerer in einem Satze (A, B und C sollen 1/6 erben) oder unter einer Gesamtbezeichnung (meine Brüder sollen die Hälfte erben) wird in der Regel nicht genügen (verbis conjuncti). Eher wird die Zusammenfassung verschiedener Erbengruppen unter gemeinsamen laufenden Ziffern einen Anhalt bieten. Dagegen wird gemeinschaftlicher Erbteil anzunehmen sein, wenn mehrere als wahre Erben (§ 2087 A 2) auf denselben Gegenstand (A und B auf das Gut, C und D auf das Kapitalvermögen) berufen sind (re et verbis conjuncti). Gemeinschaftlichkeit des Erbteils kann auch beabsichtigt sein, wenn der Erblasser daneben noch die auf die einzelnen entfallenden Unterbruchteile bestimmt hat (A, B und C sollen zusammen ein Drittel und zwar A 2/9, B und C je 1/18 erben).

2. Die **Unterbruchteile** der mehreren auf denselben Bruchteil eingesetzten Erben sind, wenn der Erblasser nicht anders verfügt hat oder §§ 2066—2069 eingreifen, unter sich gleich (§ 2091). In den besonderen Fällen der §§ 2089, 2090, 2092 bestimmen sie sich nach den dort gegebenen Vorschriften. — Gemeinschaftliches Vermächtnis § 2157.

§ 2094

Sind mehrere Erben in der Weise eingesetzt, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschließen, und fällt einer der Erben vor oder nach dem Eintritte des Erbfalls weg[1]), so wächst dessen Erbteil den übrigen Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile an[2]). Sind einige der Erben auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt, so tritt die Anwachsung zunächst unter ihnen ein[3]).

Ist durch die Erbeinsetzung nur über einen Teil der Erbschaft verfügt und findet in Ansehung des übrigen Teiles die gesetzliche Erbfolge statt, so tritt die Anwachsung unter den eingesetzten Erben nur ein, soweit sie auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt sind[4]).

Der Erblasser kann die Anwachsung ausschließen[5].

E I 1797, 1798 Abs 1 II 1967 M 5, 69—72 P 5, 75, 76.

1. Das BGB spricht von **Anwachsung** im technischen Sinne nur bei der gewillkürten Erbfolge, wendet aber den Grundsatz des § 2094 auch auf den Fall der Erhöhung des Erbteils bei der gesetzlichen Erbfolge an (§ 1935). Voraussetzung ist, daß die **gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen** ist (§ 1938), sei es, daß der Erblasser die Erbschaft ganz vergeben oder bei nicht erschöpfender Vergebung doch soviel zu erkennen gegeben hat, daß die eingesetzten seine alleinigen Erben sein sollten (§ 2089). Ferner daß **einer der eingesetzten Erben** vor dem Erbfall (durch Tod § 1923, Erbverzicht § 2352) oder nach dem Erbfall (durch Ausschlagung § 1953, Erbunwürdigkeit § 2344 oder durch Nichterleben der aufschiebenden Bedingung § 2074) **weggefallen** ist. Wegfall durch Eintritt der auflösenden Bedingung s. § 2104 A 1. Auch Wegfall infolge durchgeführter Anfechtung (§§ 2078 ff.) gehört hierher. Ist dieser Fall vom Erblasser nicht vorgesehen, so ergänzt das Gesetz seinen mutmaßlichen Willen dahin, daß auch in den Erbteil des Weggefallenen die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen, dieser freigewordene Erbteil vielmehr den übrigen eingesetzten Erben zugewendet sein solle. Der in dieser Weise anwachsende Erbteil gilt nach § 1953 Abs 2 bereits mit dem Erbfall als angefallen und geht, wenn einer der eingesetzten Erben nach dem Erblasser verstirbt, zusammen mit dem ursprünglichen Erbteil auf dessen Erben über (§ 1952). Beide Erbteile, der ursprüngliche und der angewachsene bilden, abgesehen von den Sondervorschriften der §§ 2007, 2095, zusammen einen einheitlichen Erbteil: portio portioni accrescit. Die Annahme oder Ausschlagung des ursprünglichen ergreift mit Notwendigkeit auch den erst später anwachsenden Erbteil (§ 1951 Abs 2).

2. **Verhältnis der Erbteile.** Es sind eingesetzt A zu 1/2, B zu 1/3, C zu 1/6. A fällt weg. Von seinem Erbteil (1/2) wachsen an 2/3 (oder 1/3 der ganzen Erbschaft) dem B, 1/3 (oder 1/6 der ganzen Erbschaft) dem C. Es erben somit B $1/3+1/3=2/3$, C $1/6+1/6=1/3$ der Erbschaft. B und C teilen mithin die Erbschaft, wie wenn A überhaupt nicht bedacht wäre (§ 2089).

3. **Gemeinschaftlicher Erbteil** § 2093. Es sind eingesetzt A zu 1/3, B zu 1/4, C und D gemeinschaftlich auf 5/12. Es fallen weg erst D, sodann C. Der Anteil des D (5/24) wächst zunächst an dem C, dessen Erbteil sich hierdurch auf 5/12 der Erbschaft erhöht. Diese 5/12 wachsen demächst mit $5/12 \times 4/7 = 5/21$ dem A, mit $5/12 \times 3/7 = 5/28$ dem B an. Es erben somit A $1/3 + 5/21 = 4/7$, B $1/4 + 5/28 = 3/7$ der Erbschaft.

4. Im Falle des Abs 2 (§ 2088 Abs 2) **Zusammentreffen der gewillkürten und der gesetzlichen Erbfolge** gilt die Anwachsung in der Regel nicht als gewollt. Der durch Wegfall eines eingesetzten Erben frei werdende Erbteil vererbt sich weiter nach der gesetzlichen Erb-

folge. Nur innerhalb der auf einen gemeinschaftlichen Erbteil (§ 2093) berufenen Erbengruppe findet Anwachsung statt. Ob und inwieweit schon in der Beschränkung der eingesetzten Erben auf einen Teil der Erbschaft die Berufung dieser Erben auf einen gemeinschaftlichen Erbteil zu finden sei, ist Auslegungsfrage.

5. Der Erblasser kann die **Anwachsung ausschließen** nur durch letztwillige Verfügung, es muß aber nicht mit ausdrücklichen Worten geschehen. Sie ist immer ausgeschlossen im Falle der Berufung eines Ersatzerben (§ 2099), zu denen nach § 2069 A 2 auch die nachrückenden Abkömmlinge gehören, oder eines Nacherben (§ 2102). Die Anwachsung kann auch nur bezüglich eines einzelnen Miterben ausgeschlossen sein. Sei es, daß er ausdrücklich auf das ihm zugewendete Erbteil beschränkt ist. So, wenn er nur auf den Pflichtteil eingesetzt ist (§ 2304). Oder daß sein Erbteil ausdrücklich von der Anwachsung ausgenommen und damit seinen gesetzlichen Erben zugewendet ist. — Der anwachsende Erbteil ist auch Bestandteil der Nacherbschaft, § 2110, gilt aber beim Erbschaftskauf im Zweifel als nicht mit veräußert, § 2373. Anwachsung bei Vermächtnissen §§ 2158, 2159, beim Erbvertrag § 2279 A 1.

§ 2095

Der durch Anwachsung einem Erben anfallende Erbteil gilt in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser Erbe oder der wegfallende Erbe beschwert ist[1]), sowie in Ansehung der Ausgleichungspflicht[2]) als besonderer Erbteil[3]).

E I 1799 II 1968 M 5, 73, 74 P 5, 76; 6, 90.

1. Wörtlich übereinstimmend mit § 1935 (Erhöhung des gesetzlichen Erbteils). Der Grundsatz der Einheitlichkeit beider Erbteile (§ 2094 A 1) ist insofern streng durchgeführt, als die Annahme oder Ausschlagung des einen stets auch den andern Erbteil ergreift und als der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten im allgemeinen unterschiedslos mit beiden Erbteilen haftet (§ 1935 A 4). Es würde aber zu unbilliger Beschwerung des Erben führen, wenn er genötigt wäre, zur Tilgung der nur auf dem einen Erbteil ruhenden, diesen überschwerenden Verbindlichkeiten auch den andern freien Erbteil mit zu verwenden. Dies verhütet § 2095, wiewohl **nur in Beziehung auf Vermächtnisse und Auflagen,** die nach §§ 2161, 2192 auch bei Wegfall des damit zunächst Beschwerten wirksam bleiben. Voraussetzung ist nach § 2007 ferner, daß die mehreren Erbteile verschieden beschwert sind (Sonderfall bei Planck A 1). Die besonderen Haftungsgrundsätze bei Vermächtnissen und Auflagen s. § 1992. Die Vorschrift ist namentlich dann von Bedeutung, wenn der Erbe mit beiden Erbteilen nur beschränkt oder mit dem einen beschränkt, mit dem andern unbeschränkt haftet. Aber auch der schlechthin unbeschränkt haftende Erbe kann in den Fällen des § 2060 vermöge des beneficium divisionis wenigstens soviel erreichen, daß sich nach der Teilung seine Leistungspflicht bezüglich der auf dem ursprünglichen und dem anwachsenden Erbteil ruhenden Vermächtnisse und Auflagen nur auf einen nach der Quote eines jeden dieser Erbteile zu bemessenden Betrag beschränkt. Nur in Höhe dieser Quote haftet er sodann unbeschränkt auch mit dem eigenen Vermögen (§ 2060 A 1).

2. Das Anwachsungsrecht gilt nur für die gewillkürte, die **Ausgleichungspflicht** nur für die gesetzliche Erbfolge. Es kann sich deshalb hier nur um die letztwillige Berufung von Abkömmlingen nach § 2052 handeln. Daß zugleich mit dem Erbteile des Wegfallenden auch seine Ausgleichungspflicht dem andern Erben anwächst, ergibt § 2051. Aus § 2056 folgt, daß ungeachtet der Vereinigung beider Erbteile in einer Hand bei der Auseinandersetzung sowohl der mit der Ausgleichungspflicht überschwerte (ursprüngliche oder anwachsende) Erbteil, wie auch die darauf lastenden Vorempfängnisse ganz außer Betracht zu bleiben haben.

3. Der Erblasser kann **abweichende Anordnungen** treffen. Er kann zugunsten von Vermächtnissen und Auflagen bestimmen, daß sie nicht bloß von dem ursprünglichen, sondern auch von dem durch etwaige Anwachsung vergrößerten Erbteile zu tragen seien. Ebenso bezüglich der Ausgleichungspflicht. Der Erbe darf jedoch hierdurch nicht im Pflichtteil verkürzt werden (§§ 2306 Abs 1, 2318, 2316) und kann selbstverständlich die Beschränkung seiner Haftung dagegen geltend machen (§ 2007). — Gleiche Grundsätze beim Vermächtnis § 2159. Entsprechende Anwendbarkeit beim Verkauf unter Miterben § 2034 A 2.

§ 2096

Der Erblasser kann für den Fall, daß ein Erbe vor oder nach dem Eintritte des Erbfalls wegfällt, einen andern als Erben einsetzen (Ersatzerbe)[1]).

E I 1800 II 1969 M 5, 74, 75, 77—79 P 5, 76.

1. Die Einsetzung eines **Ersatzerben** ist Erbeinsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung, würde also nach § 2074 an sich voraussetzen, daß der Ersatzerbe den Wegfall des zu-

nächst Berufenen erlebt. Da indessen die Wirkung des Anfalls nach §§ 1953, 2344 auf die Zeit des Erbfalls zurückbezogen wird, so genügt, daß der Ersatzerbe den Erbfall wenigstens als Erzeugter erlebt hat (§ 1923). Stirbt er erst nach dem Erbfall, aber vor Wegfall des zunächst Berufenen, so geht das Ersatzerbrecht auf die Erben des Ersatzerben über (§ 1952), wenn nicht ein gegenteiliger Wille des Erblassers anzunehmen ist. Dagegen ist kein Raum für die Ersatzerbfolge, wenn der zunächst Berufene nach dem Erblasser, aber vor Ablauf der Ausschlagungsfrist verstirbt. Die Erbschaft (das Ausschlagungsrecht) geht dann auf die Erben des zunächst Berufenen über, § 1952. Erst wenn diese ausschlagen, tritt die Ersatzberufung in Kraft. Kraft gesetzlicher Vermutung gelten die Abkömmlinge eines vom Erblasser eingesetzten eigenen Abkömmlings, falls dieser nach der Testamentserrichtung wegfällt, stets als Ersatzerben berufen, § 2069. Ebenso gilt der Nacherbe zugleich als Ersatzerbe für den Vorerben berufen, § 2102. Der Erblasser kann mehrere Ersatzerben neben- oder hintereinander berufen. Der an zweiter oder späterer Stelle berufene Ersatzerbe rückt auch dann ein, wenn seine nächsten Vordermänner schon vor dem zuerst Berufenen weggefallen waren (substitutus substituto est substitutus instituto). Der Ersatzerbe kann Fremder oder Miterbe, er kann auf den ganzen Nachlaß oder einen Nachlaßanteil, an Stelle eines gewillkürten oder eines gesetzlichen Erben (§ 2051 Abs 2) berufen sein. Es kann unter Umständen auch nur gewollt sein, daß der Substitut an Stelle eines Pflichtteilsberechtigten in den diesem zugewendeten Pflichtteil einrücken solle (RG 2. 7. 06 IV 40/06). Die Erbschaft fällt ihm an mit dem Wegfall des Erben, jedoch nicht vor Eintritt des Erbfalls. Fällt sie erst später an (Ausschlagung, Erbunwürdigkeit des zuerst Berufenen, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit seiner Erbeinsetzung), so wird doch die Annahme auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückbezogen (§§ 1953, 2344). Die Ersatzberufung kann auch auf den Fall beschränkt sein, daß der zunächst Berufene nur aus einem bestimmten Grunde wegfällt. Dann kann es sich um eine echte Bedingung mit der Wirkung aus § 2074 handeln. Die dem zunächst Berufenen auferlegten Beschwerungen gehen auf den Ersatzerben über (§§ 2161, 2192). Ebenso die Ausgleichungspflicht (§ 2051 Abs 2). Auch an Teilungsanordnungen (§ 2048) ist er gebunden. Ob seine Berufung von derselben Bedingung abhängig sein soll, die dem zunächst Berufenen gesetzt war, ist Auslegungsfrage. Das Vorausvermächtnis (§ 2150) fällt dem Ersatzerben an, wenn es vom zunächst Bedachten nicht schon erworben war und nach § 2190 als dem Ersatzerben zugewendet anzusehen ist (s. auch §§ 2110 Abs 2, 2373). Auf den Voraus des überlebenden Ehegatten (§ 1932) hat der an seiner Statt berufene Erbe mangels des hierfür vorausgesetzten persönlichen Verhältnisses zum Erblasser im Zweifel keinen Anspruch. — Ersatzerbe beim Erbvertrag § 2279. Ersatzvermächtnis § 2190.

§ 2097

Ist jemand für den Fall, daß der zunächst berufene Erbe nicht Erbe sein kann, oder für den Fall, daß er nicht Erbe sein will, als Ersatzerbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er für beide Fälle eingesetzt ist¹).

E I 1801 II 1970 M 5, 75 P 5, 76.

1. Auslegungsregel. Ebenso beim Ersatzvermächtnis § 2190.

§ 2098

Sind die Erben gegenseitig oder sind für einen von ihnen die übrigen als Ersatzerben eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach dem Verhältnis ihrer Erbteile als Ersatzerben eingesetzt sind¹).

Sind die Erben gegenseitig als Ersatzerben eingesetzt, so gehen Erben, die auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt sind, im Zweifel als Ersatzerben für diesen Erbteil den andern vor²).

E I 1803 II 1971 M 5, 76, 77 P 5, 77.

1. **Erben als Ersatzerben.** A, B, C sind zu $1/2$, $1/3$ und $1/6$ eingesetzt und gegenseitig, oder es sind B und C für A als Ersatzerben berufen. A fällt weg. B und C rücken (wie im Falle der Anwachsung § 2094) in die Hälfte des A nach Verhältnis ihrer eigenen Erbteile (2:1) ein. Sie erben deshalb B $1/3 + (2/3$ von $1/2 =) 1/3 = 2/3$, C $1/6 + (1/3$ von $1/2 =) 1/6 = 1/3$ der Erbschaft. Sind nur einige der übrigen Miterben für einen oder mehrere Miterben als Ersatzerben eingesetzt (A und B für C und D), so rücken A und B gemäß § 2091 zu gleichen Teilen in die freiwerdenden Erbteile des C oder D ein. Das Gesetz gibt nur eine Auslegungsregel (im Zweifel). Wären z. B. für A seine Miterben B und C sowie der Fremde X berufen, so käme in Frage, ob alle drei nach Kopfteilen, oder ob A und B nach Verhältnis ihrer Erbteile in den einen, X in den andren Kopfteil einrücken sollen.

2. Gemeinschaftlicher Erbteil § 2093. A ist zu 1/2, B, C und D sind zusammen auf 1/2, alle vier sind gegenseitig als Ersatzerben eingesetzt. B fällt weg. Dann rücken (wie im Falle der Anwachsung § 2094) nur C und D in das freiwerdende Erbteil des B ein. A ist nicht beteiligt. Seine Ersatzberufung wird erst wirksam, wenn auch C und D weggefallen sind. — Den Erbteil anzunehmen, den Ersatzerbteil aber auszuschlagen oder umgekehrt ist nur gestattet, wenn beide Berufungen auf verschiedenen Gründen (z. B. Testament und Erbvertrag) beruhen oder wenn der Erblasser eine verschiedenartige Erklärung zugelassen hat (§ 1951 Abs 1, 2 und 3). Abweichend vom Anwachsungsrecht (§ 2095) gilt der Ersatzerbteil in allen Stücken, nicht bloß bezüglich der Vermächtnisse, Auflagen und der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil (§ 2007). Ersatzvermächtnis § 2190.

§ 2099

Das Recht des Ersatzerben geht dem Anwachsungsrechte vor[1].

E I 1798 Abs 2 II 1972 M 5, 73 P 5, 76.

1. Ersatzerbe § 2096, **Anwachsungsrecht** § 2094. Die Einsetzung eines Ersatzerben bedeutet deshalb immer Ausschließung der Anwachsung (§ 2094 Abs 3). Ob der für mehrere Erben berufene Ersatzerbe bei Wegfall schon eines oder erst aller Miterben einrücken soll, ist Auslegungsfrage. Ersatzvermächtnis § 2190.

Dritter Titel

Einsetzung eines Nacherben

Dem BGB ist der Satz: semel heres, semper heres unbekannt. Es läßt deshalb geschehen, daß mehrere Personen, Vorerbe und Nacherbe, hintereinander Erben einer und derselben Erbschaft werden, §§ 2100, 2139. Diese Gestaltung der Erbfolge kann nur durch den Willen des Erblassers geschaffen werden, die §§ 2101—2107, 2110, helfen, soweit dieser Wille unvollkommen ausgedrückt ist, mit ergänzenden und auslegenden Bestimmungen nach. Das Gesetz zieht aber der Wirksamkeit der Nacherbeinsetzung zugleich gewisse zeitliche Grenzen (§ 2109). Dem Nacherben wird schon mit dem Erbfalle eine Anwartschaft auf die Nacherbfolge eröffnet, die ein Vermögensrecht darstellt und regelmäßig veräußerlich und vererblich ist (§ 2108). In die wirkliche Erbenstellung rückt er dagegen erst mit „Eintritt des Falles der Nacherbfolge" ein (§ 2139). Da auch der Vorerbe Herr der Erbschaft ist, so steht ihm grundsätzlich die freie Verfügung über die Erbschaftsgegenstände zu (§ 2112). Seine Verfügungsmacht ist aber mit Rücksicht auf das Recht des Nacherben in wichtigen Beziehungen eingeschränkt, §§ 2113—2115. Aus demselben Grunde sind ihm eine Reihe von Einzelpflichten auferlegt, die in der Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses gipfeln (§ 2130). Dem Nacherben sind schon vor Eintritt seiner Erbfolge gewisse Kontrollrechte eingeräumt, so insbesondere §§ 2121—2123, 2127—2130, anderseits ist er durch § 2120 auch zur Einwilligung zu notwendig werdenden Verfügungen des Vorerben verpflichtet. Das Gesetz kennt eine befreite Vorerbschaft und die Einsetzung des Nacherben auf den Überrest (§§ 2136—2138).

§ 2100

[1]**Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (Nacherbe)**[2].

E I 1804 Satz 1 II 1973 M 5, 81—83 P 5, 78.

1. Vorerbe und Nacherbe sind in zeitlicher Aufeinanderfolge wahre Erben, Gesamtrechtsnachfolger (§ 1922) einer und derselben Erbschaft. Der Nacherbe ist nicht etwa Erbe des Vorerben. Beide haften für die Nachlaßverbindlichkeiten (§§ 2144, 2145). Der Vorerbe ist nicht bloß Nutzungsberechtigter am Nachlaß (§§ 2111 A 3, 2133), wie beim Nießbrauch an der Erbschaft (§ 1089). Er hat vielmehr das Verfügungsrecht über die Erbschaftsgegenstände (§§ 2112, 2129, 2140), soweit er darin nicht zugunsten des Nacherben dinglich (§§ 2113 ff.) oder schuldrechtlich (§§ 2116 ff.) beschränkt ist. Ist er Miterbe, so steht ihm die Verfügung über seinen Anteil an der Vorerbschaft zu und auch die Pfändung dieses Anteils ist zulässig (§ 2033 A 3), wiewohl unvorgreiflich dem Rechte des Nacherben (§ 2115, ZPO § 773). Der pfändende Gläubiger bleibt deshalb praktisch auf die Nutzungen des Erbteils oder Erbschaftsgegenstandes beschränkt (ZPO §§ 857 Abs 4, 863). Der Nacherbe wird erst Erbe mit Eintritt des „Falles der Nacherbfolge (§ 2139)". Allein schon in der Zwischen-

zeit steht ihm eine Anwartschaft auf die Erbschaft, ein „Recht" zu (§ 2108 A 2), das auch schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge gewisse Wirkungen äußert (**RG** 65, 145), auf seine Erben übergeht und Gegenstand der Veräußerung und Pfändung (ZPO § 857), wenn die Nacherbschaft auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt ist, auch der Verfügung nach § 2033 sein kann.

2. Die **Einsetzung des Nacherben** kann, wie die Einsetzung jedes Erben nur durch Verfügung von Todes wegen erfolgen (§§ 1937, 1941). Auch im Falle des § 2104 wird die Einsetzung der gesetzlichen Erben vom Gesetze wenigstens fingiert. Der Nacherbe kann auf das Ganze oder nur auf einen Bruchteil der Erbschaft berufen sein (§ 2087). Mehrere Erben können, wiewohl mit der zeitlichen Grenze des § 2109, als sich nacheinander folgend bestimmt werden. Der erste Nacherbe steht dann nach Eintritt des ersten Falles der Nacherbfolge dem folgenden Nacherben wieder als Vorerbe gegenüber usw. Ersatznacherbe § 2096. Auslegungsfrage ist, ob die Verpflichtung zur Herausgabe eines Bruchteils der reinen Erbschaft als Nacherbschaft oder als Vermächtnis gewollt ist (§ 2087 A 2) Ebenso ob in dem an den Erben gerichteten Verbote, letztwillig zu verfügen, eine Nacherbeneinsetzung seiner gesetzlichen Erben enthalten ist (§ 2103 A 1). Kommt es nicht zur Erbfolge des Vorerben, weil er vor dem Erblasser verstorben ist, oder weil das sein Erbrecht endende Ereignis schon vor dem Erbfall eintrat, so kommt es auch nicht zur Nacherbfolge. Wohl aber wird der Nacherbe dann regelmäßig als Ersatzerbe eintreten (§ 2102).

§ 2101

Ist eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie als Nacherbe eingesetzt ist. Entspricht es nicht dem Willen des Erblassers, daß der Eingesetzte Nacherbe werden soll, so ist die Einsetzung unwirksam[1]).

Das Gleiche gilt von der Einsetzung einer juristischen Person, die erst nach dem Erbfalle zur Entstehung gelangt; die Vorschrift des § 84 bleibt unberührt[2])[3]).

E I 1758 Abs 2 II 1974 M 5, 12, 13 P 5, 7—10; 6, 90 KB 317.

1. Nach § 1923 kann nicht Erbe werden, wer zur Zeit des Erbfalls nicht wenigstens **erzeugt** war (anders beim Vermächtnis § 2178). Die Berufung einer solchen Person als Erbe (oder Ersatzerbe) muß deshalb unwirksam bleiben, wenn sie schlechterdings nur als Erbeinsetzung gewollt ist. Das Gesetz wandelt aber durch Auslegungsvorschrift („im Zweifel") die äußerlich unwirksame Erklärung in eine wirksame um (§ 140), indem sie in eine Nacherbeinsetzung umgedeutet wird, für deren Bestand § 1923 nicht Voraussetzung ist (§ 2108 A 1). Der Fall der Nacherbfolge, gegebenenfalls auch einer zweiten Nacherbfolge (**RG** Gruch 53, 96) tritt mit der Geburt des oder der mehreren solchergestalt Bedachten ein (§ 2106 Abs 2). Die Frage der Nacherbfolge ist mithin erst dann erledigt, der Kreis der in Betracht kommenden Personen erst dann geschlossen, wenn gewiß ist, daß eine Geburt nicht mehr zu erwarten steht. Pflegschaft für die noch unbekannten Nacherben (§ 1913), Testamentsvollstrecker § 2222. „Die X'sche Nachkommenschaft" kann hiernach als Nacherbe berufen sein, auch die Eintragung oder Umschreibung einer Hypothek auf ihren Namen ist zulässig (**RG** 61, 355; 65, 277).

2. Entstehung einer **juristischen Person**, d. h. Erlangung der Rechtsfähigkeit beim Verein §§ 21—23, bei der Stiftung § 80. Mit der Entstehung tritt der Anfall der Nacherbschaft ein (§ 2106 Abs 2). Bei einer Stiftung, die vom Erblasser in der Verfügung von Todes wegen selbst begründet, aber erst nach seinem Tode genehmigt ist, fingiert das Gesetz, sie sei schon vor dem Tode entstanden (§§ 83, 84). Abs 2 hat somit Stiftungen im Auge, die auch vom Stifter noch nicht begründet oder die von andern Personen als dem Stifter in Erwartung des Entstehens eingesetzt sind.

3. Beweispflichtig dafür, daß eine Nacherbeinsetzung nicht beabsichtigt war, ist derjenige, welcher die Unwirksamkeit der Einsetzung behauptet. Dieser Beweis ist durch § 2084 noch erschwert. Kein Beschwerderecht des Vorerben gegen Anordnung der Pflegschaft OLG 8, 323.

§ 2102

Die Einsetzung als Nacherbe enthält im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe[1]).

Ist zweifelhaft, ob jemand als Ersatzerbe oder als Nacherbe eingesetzt ist, so gilt er als Ersatzerbe[2]).

E I 1802 II 1975 M 5, 75, 76 P 5, 76, 77.

1. Die Auslegungsregel („im Zweifel") gibt der erklärten Berufung des Z zum **Nacherben** nach dem X als Vorerben den nicht erklärten Inhalt: Z werde zugleich zum **Ersatz-**

erben für den etwa wegfallenden Erben X berufen. Diese Ersatzberufung ist nur wirksam, wenn Z zur Zeit des Erbfalls mindestens erzeugt ist (§ 2096 A 1). Trifft dies nicht zu, so könnte er nur Nacherbe werden und zwar im Falle des § 2106 Abs 2 mit seiner Geburt. Bis dahin oder bis zum Eintritt eines sonstigen die Nacherbfolge eröffnenden Ereignisses wären (da der Vorerbe X weggefallen ist) die gesetzlichen Erben die Vorerben (§ 2105). Lebte Z bereits zur Zeit des Erbfalls, so wird er, wenn der Vorerbe X wegfällt, unmittelbar gewöhnlicher Erbe. War er als (Nach- und nunmehr) Ersatzerbe eines Miterben berufen, so schließt er das Anwachsungsrecht der übrigen Miterben aus (§ 2099). Die Ersatzberufung enthält niemals umgekehrt auch eine Nacherbeinsetzung.

2. Der einmal zur Erbfolge kommende Erbe soll **im Zweifel nicht mit einer Nacherbschaft beschwert** sein. Hat z. B. der Erblasser als Erben berufen den X und „an Stelle des X oder nach ihm" die sämtlichen Kinder des Z, so rücken, wenn X weggefallen ist, nur die lebenden oder doch bereits erzeugten Kinder des Z als Ersatzerben ein. Die noch nicht erzeugten gelten hier nicht (wie nach § 2101 Abs 1) als Nacherben, sondern nur als Ersatzerben berufen und diese ihre Berufung ist nach § 1923 unwirksam. Ist X wirklich Erbe geworden, so ist er, da die Kinder des Z nicht als Nacherben zu gelten haben, gewöhnlicher, unbeschwerter Erbe, während die Ersatzberufung der Z'schen Kinder durch den Erbantritt des X hinfällig geworden ist. — Ebenso beim Nachvermächtnis § 2191.

§ 2103

Hat der Erblasser angeordnet, daß der Erbe mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses die Erbschaft einem andern herausgeben soll, so ist anzunehmen, daß der andere als Nacherbe eingesetzt ist[1]).

E I 1805 II 1976 M 5, 83, 84 P 5, 78.

1. Die **Anordnung, die Erbschaft** oder einen Teil der Erbschaft (§ 1922) **einem andern herauszugeben** (§ 2130) enthält nach ergänzender Bestimmung des Gesetzes eine Nacherbeinsetzung. Gleichwohl kann im gegebenen Falle, insbesondere wenn nur ein Wertanteil der Erbschaft herauszugeben ist, als wahrer Wille des Erblassers eine bloße Vermächtnisanordnung ermittelt werden (§ 2087 A 2). Die Herausgabe kann einem gewillkürten oder einem gesetzlichen Erben auferlegt sein. Immerhin muß erkennbar sein, daß der hiermit Beschwerte wenigstens vorübergehend Erbe (Vorerbe) sein soll. Die Anordnung, A solle Erbe sein, habe aber die Erbschaft sofort an X herauszugeben, verneint damit zugleich das angebliche Erbrecht des A und ist nichtig, wenn sie nicht als unmittelbare Erbeinsetzung des X gehalten werden kann. Es ist Auslegungsfrage, ob in dem Verbot, über die Erbschaft letztwillig zu verfügen oder in dem Gebot, einen bestimmten Dritten als Erben zu ernennen, eine Herausgabeverpflichtung und damit eine Nacherbschaft zugunsten der gesetzlichen Erben oder des Dritten gefunden werden kann (§ 2100 A 2).

§ 2104

Hat der Erblasser angeordnet, daß der Erbe nur bis zu dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses Erbe sein soll, ohne zu bestimmen, wer alsdann die Erbschaft erhalten soll, so ist anzunehmen, daß als Nacherben diejenigen eingesetzt sind, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn er zur Zeit des Eintritts des Zeitpunkts oder des Ereignisses gestorben wäre[1]). Der Fiskus gehört nicht zu den gesetzlichen Erben im Sinne dieser Vorschrift[2]).

E I 1807 II 1917 M 5, 86, 87 P 5, 79, 80.

1. Beschränkt sich der Erblasser darauf, das Erbrecht des eingesetzten Erben durch Bestimmung eines Anfangs- oder Endtermins, einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung zeitlich zu begrenzen, so will er jedenfalls eine Vor- und Nacherbfolge. Seine Verfügung ist nur insoweit unvollständig, als er entweder die Nacherben (§ 2104) oder die Vorerben (§ 2105) nicht bezeichnet hat. Das Gesetz ergänzt für beide Fälle seinen Willen dahin, daß damit die **gesetzlichen Erben** gemeint seien (konstruktive Nacherbfolge). Kommen sie als **Nacherben** in Betracht, so bestimmen sich ihre Personen und ihre Erbteile nicht nach dem sonst für die gesetzliche Erbfolge maßgebenden Zeitpunkt des Todes des Erblassers (§ 1922), sondern auf Grund der Fiktion, daß der Erblasser selbst den Eintritt der Nacherbfolge (§ 2139) erlebt hätte. So auch im Falle des § 2066. Es können mithin schließlich ganz andere, als die eigentlichen gesetzlichen Erben des Erblassers Nacherben werden. Sie bleiben während der Schwebezeit unbekannt und können deshalb ihre mit der Nacherbeneigenschaft verbundenen Rechte und

Pflichten nur durch einen Pfleger (§ 1913) oder Testamentsvollstrecker (§ 2222) ausüben. Die Benennung eines Nacherben schließt die Anwendung des § 2104 auch dann aus, wenn der Benannte schon vor dem Erblasser verstorben ist (RG JW 07, 259[20]). Sind zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge gesetzliche Erben überhaupt nicht vorhanden oder ist ihr Erbrecht durch Ausschließung, Erbverzicht, Erbunwürdigkeit weggefallen, so verbleibt, da der Fiskus nicht in Frage kommt (A 2), die Erbschaft dem Vorerben oder seinen Erben. Dagegen ist der gesetzliche Erbe, der den Anteil an der Erbschaft ausgeschlagen hat, dadurch nicht gehindert, demnächst den Anteil an der Nacherbschaft anzunehmen (§ 1951 Abs 1). Sind von mehreren anwachsungsberechtigten Miterben einer oder einige nur auf Zeit oder auflösend bedingt als Erben eingesetzt, so wird sowohl die entsprechende Anwendung des § 2094 wie die Auslegung des letzten Willens regelmäßig dazu führen, daß der erledigte Erbteil den übrigen Miterben als Nacherben anwachsen und nicht den gesetzlichen Erben zukommen soll.

2. Kein Nacherbrecht des **Fiskus** (§ 1936). Wohl aber kann er nach § 2105 Vorerbe werden. Ebenso beim Vermächtnis § 2149.

§ 2105

Hat der Erblasser angeordnet, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft erst mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses erhalten soll, ohne zu bestimmen, wer bis dahin Erbe sein soll, so sind die gesetzlichen Erben des Erblassers die Vorerben[1]).

Das Gleiche gilt, wenn die Persönlichkeit des Erben durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt werden soll[2]) oder wenn die Einsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person oder einer zu dieser Zeit noch nicht entstandenen juristischen Person als Erbe nach § 2101 als Nacherbeinsetzung anzusehen ist[3]).

E I 1808 II 1978 M 5, 87, 88 P 5, 80.

1. Das Gesetz ergänzt die unterbliebene Bestimmung der **Vorerben**, wie § 2104 diejenige der Nacherben, indem es die **gesetzlichen Erben**, aber abweichend von § 2104 nach dem hierfür allgemein geltenden Zeitpunkte des Erbfalls (§ 1922) als berufen ansieht. Hierzu gehört auch der Fiskus § 1936.

2. Durch ein **künftiges Ereignis bestimmt** ist z. B. der künftige Ehemann der X. Tritt das Ereignis schon vor dem Erbfall ein, so kommt es sogleich zur gewöhnlichen Erbfolge. Dasselbe gilt, wenn der Erblasser bei der Erbeinsetzung eine bestimmte, ihm jedoch unbekannt gebliebene Person im Auge hatte und diese nur nach einem der Vergangenheit angehörigen Ereignis bestimmt hat, z. B. seinen Lebensretter (§ 1960 Abs 1). Ist von mehreren eingesetzten Erben der X unter einer aufschiebenden Bedingung oder von einem Anfangstermin ab als Erbe eingesetzt, so kann als Wille des Erblassers auch ermittelt werden, daß nicht die gesetzlichen, sondern die übrigen eingesetzten Miterben Vorerben auf den Erbteil des X sein sollen.

3. Die bereits **erzeugte Person** wird mit der Geburt (§ 1923 Abs 2), die vom Erblasser selbst errichtete **Stiftung** mit der Genehmigung (§ 84) unter Rückbeziehung auf den Erbfall sogleich gewöhnlicher Erbe.

§ 2106

Hat der Erblasser einen Nacherben eingesetzt, ohne den Zeitpunkt oder das Ereignis zu bestimmen, mit dem die Nacherbfolge eintreten soll, so fällt die Erbschaft dem Nacherben mit dem Tode des Vorerben an[1]).

Ist die Einsetzung einer noch nicht erzeugten Person als Erbe nach § 2101 Abs. 1 als Nacherbeinsetzung anzusehen, so fällt die Erbschaft dem Nacherben mit dessen Geburt an. Im Falle des § 2101 Abs 2 tritt der Anfall mit der Entstehung der juristischen Person ein[2]).

E I 1809 II 1979 M 5, 88, 89 P 5, 80, 81.

1. Innerhalb der Grenzen des § 2109 steht dem Erblasser frei, den **Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft an den Nacherben** nach seinem Belieben zu bestimmen. Ist dies unterblieben, so bestimmt ergänzend das Gesetz den Tod des Vorerben als den regelmäßigen Fall des Eintritts der Nacherbfolge (§ 2139). Dasselbe gilt, wenn die Zeit der Herausgabe an den eingesetzten Nacherben dem freien Belieben des Vorerben überlassen ist (§ 2181). Ist zur Zeit des Todes des Vorerben der Fall der Nacherbfolge noch nicht eingetreten, so geht die Erbschaft, belastet mit der Pflicht zur künftigen Herausgabe an den Nacherben, zunächst

auf die Erben des Vorerben über. Das Erleben eines Zeitpunktes oder der Eintritt eines Ereignisses kann aber auch in dem Sinne als Bedingung der Nacherbfolge bestimmt sein, daß hiervon zwar die Berufung als Nacherbe, nicht aber zugleich auch der Anfall der Nacherbschaft abhängig sein soll, z. B. X soll Nacherbe werden, wenn er bis . . . ein Amt erlangt (aber — selbstverständlich — die Erbschaft erst nach dem Tode des Vorerben erhalten). Vererblichkeit des Anwartschaftsrechtes schon vor dem Anfall § 2108 Abs 2.

2. Abs 2 ergänzt den Willen des Erblassers nur für den Fall, daß er die **noch nicht erzeugte** Person oder die noch nicht entstandene **juristische Person** schlechthin als Erben eingesetzt hat. Diese Einsetzung wird nach § 2101 in eine Nacherbeinsetzung umgedeutet. Ist der noch nicht erzeugte Z ausdrücklich als Nacherbe nach dem X berufen, so ist nach Abs 1 als Wille des Erblassers zu vermuten, daß Z erst nach dem Tode des X Nacherbe werden solle. Sicherungsrechte der noch nicht erzeugten Nacherben schon vor der Geburt **RG** 65, 283.

§ 2107

Hat der Erblasser einem Abkömmlinge, der zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung keinen Abkömmling hat oder von dem der Erblasser zu dieser Zeit nicht weiß, daß er einen Abkömmling hat[1]), für die Zeit nach dessen Tode einen Nacherben bestimmt[2]), so ist anzunehmen, daß der Nacherbe nur für den Fall eingesetzt ist, daß der Abkömmling ohne Nachkommenschaft stirbt[3]).

E I 1811 II 1980 M 5, 89, 90 P 5, 82, 83.

1. Das Gesetz vermutet ähnlich wie bei der unwissentlichen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten (§ 2079, s. auch § 2069), der Erblasser wolle seine **entfernteren Abkömmlinge** nicht hinter einem Fremden zurücksetzen. Es deutet deshalb die unbedingt erklärte in eine bloß bedingte Nacherbeinsetzung um. Begriff des Abkömmlings § 1924 A 2. Maßgebend ist die Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung. Daraus allein, daß der Erblasser nach erlangter Kenntnis vom Vorhandensein entfernterer Abkömmlinge seine Verfügung nicht geändert hat, kann mithin nicht der Wille gefolgert werden, die Nacherbeinsetzung aufrecht zu erhalten. Auch formlose Erklärungen dieses Inhalts reichen hierzu nicht aus, wenn sie nicht einen Rückschluß auf die Zeit der Testamentserrichtung zulassen. Unkenntnis vom Vorhandensein eines Abkömmlings § 2079 A 2. Ob sie dadurch ausgeschlossen wird, daß der Erblasser von der Schwangerschaft eines weiblichen Abkömmlings weiß, ist Tatfrage (**RG** 9. 6. 04 IV 504/03).

2. Der Nacherbe muß ausdrücklich oder stillschweigend (§ 2106 Abs 1) **für die Zeit nach dem Tode des Vorerben** bestimmt sein. Die „Annahme" greift deshalb nicht Platz, wenn der Nacherbe für einen andern Zeitpunkt oder für den Fall des Eintritts eines bestimmten Ereignisses (§ 2105) oder wenn eine noch nicht erzeugte Person oder eine noch nicht entstandene juristische Person als Nacherbe eingesetzt ist, da dann der Zeitpunkt der Geburt des Nacherben usw. entscheidet (§ 2106 Abs 2). In diesen Fällen gilt als genügend deutlich ausgedrückt, daß der etwa nachgeborene oder der unbekannte Abkömmling — unbeschadet natürlich seines Pflichtteilsrechts — ganz von der Erbschaft ausgeschlossen sein soll.

3. **„Ist anzunehmen"** bedeutet nicht, daß der eingesetzte Nacherbe mit dem Gegenbeweis ausgeschlossen sein solle, seine Berufung sei vom Erblasser unbedingt gewollt. Hinterläßt der als Vorerbe eingesetzte Abkömmling **Nachkommen**, sei es auch, daß sie nur erst erzeugt sind (§ 1923), so kommt darauf nichts an, ob sie auch seine Erben werden oder ob sie die Erbschaft des Vorerben ausschlagen, hiervon ausgeschlossen sind, darauf verzichtet haben oder für erbunwürdig erklärt sind. Die Berufung des fremden Nacherben wird vielmehr ipso jure und ohne daß es einer Anfechtung bedarf, unwirksam. Trotz der scheinbar entgegenstehenden Fassung ist der eingesetzte Nacherbe nicht aufschiebend, sondern auflösend bedingt berufen. § 2074 kommt deshalb nicht in Frage. Er erwirbt vielmehr das „Nacherbenrecht" schon mit dem Erbfall als vererbliches Recht (§ 2108 A 2), geht aber, wenn der als Vorerbe eingesetzte Abkömmling Nachkommenschaft hinterläßt, seiner Nacherbenstellung verlustig und ist, wenn er die Erbschaft angenommen hat, dem Erbschaftsanspruch der Erben des Vorerben ausgesetzt.

§ 2108

Die Vorschriften des § 1923 finden auf die Nacherbfolge entsprechende Anwendung[1]).

Stirbt der eingesetzte Nacherbe vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge, aber nach dem Eintritte des Erbfalls, so geht sein Recht auf seine

Erben über, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist[2]). Ist der Nacherbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, so bewendet es bei der Vorschrift des § 2074[3]).

E I 1810, 2026 Abs 2 II 1981 M 5, 89, 489 P 5, 81, 82, 614.

1. Die entsprechende Anwendung des § 1923 führt dazu, daß Nacherbe nur werden kann, wer **zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge** (§ 2139), also beim Eintritt des hierfür bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses (§§ 2103—2105) oder beim Tode des Vorerben (§ 2106) **lebt oder** doch mindestens **erzeugt ist,** wenn er demnächst lebend geboren wird. Nicht erforderlich ist dagegen, daß er bereits zur Zeit des Erbfalls gelebt hat (§ 2101). Abs 2 läßt es indessen vermöge der Vererblichkeit des erlangten Rechtes auch dann zur Nacherbfolge — zwar nicht des Nacherben selbst, wohl aber seiner Erben — kommen, wenn der Nacherbe zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge **nicht mehr lebt,** jedoch nach dem Erbfall gelebt und die Anwartschaft auf die Nacherbfolge bereits erworben hatte. Entsprechend § 1923 Abs 2 gilt der zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge nur erst erzeugte Nacherbe schon als vor diesem Zeitpunkte geboren. Dagegen kommt eine Rückbeziehung nicht in Frage, wenn in dem Falle des § 2101 nach § 2106 Abs 2 gerade mit der Geburt der Eintritt der Nacherbfolge begründet wird (a. M. Planck A 4, b, γ). S. auch § 2109 A 3, b.

2. Stirbt der eingesetzte Nacherbe vor dem Erblasser, so wird seine Berufung von selbst hinfällig; der eingesetzte Erbe tritt nunmehr als Erbe zu vollem Rechte in die Erbfolge ein (**RG** JW 07, 259[20]). Hat er dagegen, gleichviel ob er als erster oder späterer Nacherbe eingesetzt ist, den Erblasser überlebt, so hat er damit unentziehbare Rechte erworben, die vermöge des Grundsatzes der **Vererblichkeit dieser Anwartschaft** als Bestandteil seines Vermögens auf seine Rechtsnachfolger übergehen (**RG** 65, 144). Die Vererblichkeit ist jedoch ausgeschlossen, wenn ein gegenteiliger Wille des Erblassers erhellt (vgl. auch §§ 399, 413). Hierfür ist beweispflichtig, wer die Unübertragbarkeit der Anwartschaft behauptet. Nicht erforderlich ist, daß dieser Wille ausdrücklich oder gar durch Verfügung von Todes wegen erklärt sei. Der Übergang ist ferner ausgeschlossen durch das Anwachsungsrecht mehrerer eingesetzter Nacherben (§ 2094) und regelmäßig nicht gewollt, wenn der Erblasser für den Nacherben einen Ersatzerben ernannt hat (§ 2096 s. auch § 2069, a. M. Planck A 3). Im Falle des § 2104 kann die Vererblichkeit begriffsmäßig nicht in Frage kommen, da die Person des Nacherben erst mit dem Eintritt der Nacherbfolge feststeht. Mit der Möglichkeit eines Überganges der Anwartschaft von Todes wegen ist zugleich anerkannt, daß sie, wenn auch nur als bedingtes Recht, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden übertragen werden kann. Ist der Nacherbe nur auf einen Anteil am Nachlaß berufen, so bedarf die Verfügung hierüber der Form des § 2033 Abs 1 (**RG** Gruch 52, 680). Ist er alleiniger Nacherbe, so gelten die Vorschriften über den Erbschaftskauf §§ 2371 ff., für die Pfändung ZPO §§ 851, 857.

3. Unter der **aufschiebenden Bedingung** ist nicht die gesetzliche Bedingung jeder Nacherbeinsetzung: Erleben des Eintritts der Nacherbfolge, sondern der Fall verstanden, daß das Nacherbewerden außerdem vom Eintritt oder Nichteintritt irgend eines Ereignisses abhängig gemacht ist. Gemäß § 2074 fällt in diesem Falle die Nacherbschaft nur an, wenn die Bedingung bei Lebzeiten des Nacherben eingetreten ist. Der Anfall kann deshalb unter Umständen bis zum Tode des berufenen Nacherben in der Schwebe bleiben. So namentlich, wenn es sich um Potestativbedingungen handelt (Berufung des X für den Fall, daß er die Z heirate oder nicht heirate). Während dieses Schwebezustandes kann die Anwartschaft, doppelt bedingt durch die gesetzliche wie durch die eigentliche Bedingung, zwar nicht Gegenstand der Vererbung sein. Denn der Tod des Berufenen vor Eintritt der Bedingung macht ja sein Recht nach § 2074 hinfällig. Wohl aber kann er hierüber unter Lebenden für den Fall seiner Nacherbfolge wirksam verfügen. — Ist eine **juristische Person** als Nacherbe eingestellt, so muß sie spätestens zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge bestanden haben und noch bestehen. Doch genügt, daß die Stiftung erst nach diesem Zeitpunkt staatlich genehmigt wird, wenn sie vom Erblasser selbst errichtet ist, § 84.

§ 2109

Die Einsetzung eines Nacherben wird mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist[1]). Sie bleibt auch nach dieser Zeit wirksam[2]):

1. **wenn die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, daß in der Person des Vorerben oder des Nacherben ein bestimmtes Ereignis eintritt, und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt[3]);**

34*

2. wenn dem Vorerben oder einem Nacherben für den Fall, daß ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, der Bruder oder die Schwester als Nacherbe bestimmt ist[4]).

Ist der Vorerbe oder der Nacherbe, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person, so bewendet es bei der dreißigjährigen Frist[5]).

E I 1813 II 1982 M 5, 90—92 P 5, 83—89, 214, 215, 237—240; 6, 91, 92.

1. Dem Willen des Erblassers ist grundsätzlich die Kraft abgesprochen, durch Einsetzung eines Nacherben wirksam Verfügungen zu treffen für den Fall des Eintritts von Umständen, die sich nicht längstens ein Menschenalter, **dreißig Jahre nach seinem Tode** verwirklicht haben. Ebenso bei Anordnung von Vermächtnissen §§ 2162, 2163, bei Bestellung eines Testamentsvollstreckers § 2210, beim Erlaß von Teilungsanordnungen § 2044 (vgl auch §§ 567, 1202). In allen Fällen des § 2109 ist gleichgültig, wie oft innerhalb des zulässigen Zeitraums der Fall der Nacherbfolge eintritt. Der einrückende Nacherbe tritt dann dem hinter ihm berufenen Nacherben als Vorerbe gegenüber. Haben sich die vorgesehenen Umstände innerhalb des dreißigjährigen oder des in den Fällen der Nr 1 und 2 zulässigen längeren Zeitraums nicht verwirklicht, so verbleibt der Nachlaß dem berufenen (sc. letzten) Vorerben zu vollem unbeschränktem Erbrecht und vererbt sich nach ihm auf seine Erben weiter. Die für einen späteren als den gesetzlich zulässigen äußersten Zeitpunkt angeordnete Nacherbeinsetzung ist von vornherein unwirksam. Es müßte denn im Wege der Auslegung (§ 2084) gelingen, eine Verkürzung der Fristen auf das zulässige Maß als aushilfsweise vom Erblasser gewollt zu ermitteln. — Fristberechnung §§187, 188. Die landesrechtlichen Vorschriften über Familienfideikommisse bleiben in Kraft (EG Art 59).

2. Die Voraussetzungen der in Nr 1 und 2 getroffenen **Ausnahmebestimmungen** von der Regel des Satz 1 sind von demjenigen zu beweisen, welcher sich auf die Wirksamkeit der Nacherbeinsetzung beruft.

3. Nr 1 stellt zwei Erfordernisse auf, die beide zusammentreffen müssen. a) Die Nacherbfolge muß auf ein **in der Person** des jeweils in Betracht kommenden **Vorerben oder Nacherben eintretendes Ereignis** abgestellt sein. Dies trifft zu, wenn das Ereignis in einem Tun oder Unterlassen oder Erleiden des Betreffenden besteht. So vor allem Tod des Vorerben und Potestativbedingungen (Z soll Nacherbe sein, wenn er die N heiratet, wenn der Vorerbe X sich wieder verheiratet). Jedenfalls muß das Ereignis die Person des Vor- oder Nacherben in irgend welchen rechtlichen oder wirtschaftlichen, z. B. in Familienbeziehungen zu beeinflussen geeignet sein (Geburt eines Kindes). Die rein äußerliche Verbindung eines für den Betreffenden völlig gleichgültigen Ereignisses mit seiner Person (Z soll Nacherbe sein, wenn er den Ausbruch des Ätna erlebt) kann dem Gesetze nicht genügen (a. M. Planck A 3, a; Dernburg V § 54 A 2). Das Ereignis braucht den Eintritt der Nacherbfolge nicht unmittelbar herbeizuführen, es genügt, daß der Nacherbe damit nur die Anwartschaft auf den künftigen (z. B. bis zum Tode des Vorerben hinausgeschobenen) Anfall der Erbschaft erlangen soll. b) Der betreffende Vor- oder Nacherbe muß zugleich **zur Zeit des Erbfalls gelebt haben.** Nach § 1923 genügt jedoch, daß er beim Tode des Erblassers bereits erzeugt war. Unter dieser zweiten Voraussetzung ist gleichgültig, ob das als Bedingung der Nacherbfolge gesetzte Ereignis (a) sich vor oder erst nach Ablauf von dreißig Jahren nach dem Erbfall verwirklicht. Daß der erste Vorerbe den Erbfall erlebt haben muß, folgt schon aus § 1923. Sind mehrere Nacherben hintereinander berufen, so kann geschehen, daß der für den betreffenden Nacherbfolgefall in Betracht kommende zweite und spätere Vorerbe (früherer Nacherbe) erst nach dem Tode des Erblassers erzeugt ist (so § 2101). Dies ist kein Hindernis für die Wirksamkeit der zweiten und folgenden Nacherbfolge, wenn sich, sei es auch erst nach Ablauf von 30 Jahren, das maßgebende Ereignis in der Person des jetzt einrückenden Nacherben verwirklicht, wenn nur dieser Nacherbe schon zur Zeit des Erbfalls gelebt hat. Die Grundsätze der Nr 1 treffen auch zu, wenn eine Ersatznacherbfolge angeordnet ist (§ 2096).

4. Nr 2 sieht in dem behandelten Falle von jeder Fristsetzung und auch davon ab, daß (außer dem ersten Vorerben) irgend eine der sonst in Betracht kommenden Personen (Nacherben, Nacherbengeschwister) schon zur Zeit des Erbfalls gelebt haben müsse (A 3, b). Die **Geschwister des Vorerben oder Nacherben** müssen mit ihm durch (eheliche oder uneheliche) Geburt verbunden sein. Dies trifft auch zu auf Halbgeschwister und Legitimierte (§§ 1719, 1736), nicht aber auf angenommene Kinder (§ 1763). Der Wille des Erblassers ist dafür maßgebend, ob die als Nacherben bestimmten Geschwister sogleich mit der Geburt des betreffenden Geschwisterteils (§ 2106 Abs 2) einrücken sollen oder nacheinander (je nach dem Tode des älteren Geschwisterteils) oder erst mit dem Eintritte eines bestimmten Ereignisses (Erreichung eines gewissen Lebensalters). Regelmäßig werden die lebenden Geschwister den nachgeborenen nur den auf sie entfallenden Anteil der Erbschaft als Nacherben herauszugeben haben.

5. Für die Zeit bis zu 30 Jahren können auch **juristische Personen** bedingt oder unbedingt als Nacherben eingesetzt werden, soweit nicht landesgesetzliche Vorschriften entgegenstehen, EG Art 86.

§ 2110

Das Recht des Nacherben erstreckt sich im Zweifel auf einen Erbteil, der dem Vorerben infolge des Wegfalls eines Miterben anfällt[1]).

Das Recht des Nacherben erstreckt sich im Zweifel nicht auf ein dem Vorerben zugewendetes Vorausvermächtnis[2]).

E I 1814 II 1983 M 5, 92, 93 P 5, 89, 90.

1. Der Nacherbe rückt in den gesamten Erbteil des Vorerben ein, auch insoweit er sich infolge **Wegfalls eines Miterben** durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils (§ 1935) oder durch Anwachsung (§ 2094) oder durch Berufung des Vorerben zum Ersatzerben eines Miterben (§ 2096) erweitert hat. Ob der Miterbe vor oder nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge (§ 2139) weggefallen ist, macht keinen Unterschied. Rückbeziehende Wirkung der Ausschlagung § 1953, der Erbunwürdigkeit § 2344.

2. **Vorausvermächtnis** § 2150. — Abs 1 und 2 geben nur Auslegungsregeln („im Zweifel"). Ein gegenteiliger Wille des Erblassers ist von dem zu beweisen, der hieraus Rechte ableitet. Z. T. abweichend beim Erbschaftskauf § 2373.

§ 2111

Zur Erbschaft gehört[1]), was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt[2]), sofern nicht der Erwerb ihm als Nutzung gebührt[3]). Die Zugehörigkeit einer durch Rechtsgeschäft erworbenen Forderung zur Erbschaft hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung[4]).

Zur Erbschaft gehört auch, was der Vorerbe dem Inventar eines erbschaftlichen Grundstücks einverleibt.[5])

E I 1825 II 1984 M 5, 109—111 P 5, 100, 114, 115; 6, 168, 319, 324—326.

1. **Dingliche Surrogation** wie beim Erbschaftsanspruch (§ 2019) und bei der Erbengemeinschaft (§ 2041). Die näher bezeichneten Erwerbungen werden ipso jure Bestandteile der Vorerbschaft, unterliegen je nach ihrer Art den aus §§ 2112 ff. sich ergebenden Verfügungsbeschränkungen, sowie gegebenenfalls der Eintragungspflicht nach GBO § 52 und gehen seinerzeit mit auf den Nacherben über.

2. Von den **drei Gruppen der Surrogate** stimmen die beiden ersten überein mit § 2041. Zum Erwerb auf Grund eines Rechts gehört Verbindung, Vermischung §§ 946 ff., die Schatzhälfte (§ 984), die Anlandung (EG Art 65), die Ersitzung vermöge des zur Erbschaft gehörigen Besitzes (§§ 857, 937 ff.), die Annahme einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft (§ 1952). Erwerb durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft wie § 2019 A 2. Dagegen ist nicht erforderlich, daß sich das Rechtsgeschäft „auf den Nachlaß bezieht (§ 2041 A 1)". Der Vorerbe kann mithin, sobald er ursprüngliche Erbschaftsgegenstände oder deren Surrogate, auch verbrauchbare Sachen zum Zwecke des Erwerbs aufwendet, die Zugehörigkeit des Erworbenen zur Erbschaft durch seinen Willen überhaupt nicht hindern. Dies trifft auch auf bedingte Erwerbungen zu. Hierzu gehört der Versicherungsanspruch, wenn die Prämie aus Mitteln der Erbschaft bezahlt ist. Auch wenn dies nicht geschieht, wird die Versicherung als zugunsten auch des Nacherben genommen zu gelten haben. Ersatzfrage s. § 2124. Fällige Versicherungsansprüche gehören zu dem als Ersatz für die Zerstörung usw. gemachten Erwerbe.

3. Im Gegensatze zum Erbschaftsbesitzer (§ 2020) gebührt dem Vorerben als **wahrem** Erben und Träger der zur Erbschaft gehörigen Rechte endgültig der Bezug der **Nutzungen** (§ 100). Dem entspricht, daß er auch die gewöhnlichen Erhaltungskosten zu tragen hat (§ 2124). Nutzung eines Waldes § 2123, ordnungswidriger und übermäßiger Fruchtbezug § 2133. Das Recht auf die Nutzungen beginnt mit dem Erbfall und endet mit Eintritt der Nacherbfolge. Es verbleibt dem Vorerben, auch wenn ihm durch Bestellung eines Testamentsvollstreckers die Verwaltung entzogen ist (§ 2209). Für eine etwaige Verteilung ist § 101 maßgebend,

soweit nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt. So Dividenden und Gewinnanteile **RG** Gruch 52, 1093. Obwohl freies Eigentum des Vorerben gelten die Früchte den Nachlaßgläubigern gegenüber doch als Bestandteile des Nachlasses.

4. Wörtlich übereinstimmend mit § 2019, s. dort A 3. Vgl. auch §§ 2129 A 3, 2140 A 1.

5. Entsprechend bei der Pacht § 588, beim Nießbrauch § 1048 und bei der Nutznießung des Mannes § 1378. Dabei ist vorausgesetzt, daß der Vorerbe die **Einverleibung in das Inventar** aus eigenen Mitteln vornimmt, da sonst schon Abs 1 einschlägt. Inwieweit er Ersatz verlangen kann, bestimmen §§ 2124, 2125. Eine „Einrichtung" und damit das Recht der Wegnahme kommen nicht in Frage, da es sich hier nur um den Ersatz oder die Vermehrung eines bereits vorhandenen Inventars handelt.

§ 2112

Der Vorerbe kann über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen, soweit sich nicht aus den Vorschriften der §§ 2113 bis 2115 ein anderes ergibt[1]**.**

E I 1815, 1828 Abs 1, 2 II 1985 M 5, 93, 94, 114—116 P 5, 97—99.

1. Der Vorerbe ist wahrer Erbe. Er kann deshalb grundsätzlich gleich dem gewöhnlichen Erben über die Erbschaftsgegenstände verfügen. Doch sind ihm dabei im Interesse des hierdurch gefährdeten Nacherben dingliche (§§ 2113—2115) und schuldrechtliche (§§ 2116 ff., 2130) Beschränkungen auferlegt. Zwischen Vor- und Nacherben besteht insoweit ein gesetzliches Schuldverhältnis (**RG** 59, 202). Von den meisten dieser Beschränkungen kann ihn der Erblasser befreien, § 2136. Die Verfügungsmacht kann ihm aber auch ganz entzogen werden, § 2129. **Verfügung** im Sinne von § 185 im Gegensatz zur Begründung eines bloß schuldrechtlichen Verhältnisses. Bloß tatsächliche Verfügungen (Zerstörungen, Beschädigungen) machen den Vorerben nach § 2130 ersatzpflichtig. Seine Verfügungsmacht ist nur beschränkt in Ansehung einzelner **zur Erbschaft gehörender Gegenstände,** Sachen und Rechte (§ 90). Nicht also in Ansehung des Vorerbteils selbst, das er vielmehr gemäß § 2033 veräußern kann, jedoch unbeschadet des Rechtes des Nacherben, mit dem es auch in der Hand des Erwerbers belastet bleibt (s. auch § 2376 Abs 1). Als Miterbe kann er, gleichviel ob er allein oder ob auch andere Miterben mit der Nacherbschaft belastet sind, jederzeit Auseinandersetzung verlangen (§ 2042). Nur soweit hierbei Verfügungen im Sinne von §§ 2113 ff. nötig werden, bedarf er der Mitwirkung des Nacherben. Ihm allein steht unbeschadet seiner Verantwortung aus § 2130 die Entschließung zu über Annahme einer dem Vorerben angefallenen Erbschaft (§ 1952). Ebenso über Fortführung eines Handelsgeschäfts (HGB §§ 22, 31, OLG 4, 456). Auch durch *Verfügung von Todes wegen* kann der Vorerbe die Erbschaft und damit die Vorerbenstellung für sich allein oder zusammen mit seinem eigenen Vermögen einem Dritten zuwenden. Diese Verfügung wird gegenstandslos, wenn der Eintritt der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben zusammentrifft. Sie bleibt jedoch unbeschadet aller Rechte des Nacherben in der Zwischenzeit auf solange wirksam, als der Anfall der Nacherbschaft noch weiter hinausgeschoben ist (§ 2106 A 1). Die *Prozeßführung* ist an sich und abgesehen von der verfügenden Wirkung gewisser Urteile, die zur Abgabe von Willenserklärungen verpflichten (ZPO §§ 894 895) nicht Verfügung, der Vorerbe ist an sich hierin nicht beschränkt. Das ergangene rechtskräftige Urteil kommt nach ZPO § 326 auch dem Nacherben zugute, wenn es zu seinen Gunsten ausgefallen ist und über eine Nachlaßverbindlichkeit oder über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand ergeht. Nur wenn der Vorerbe über einen solchen Gegenstand ohne Zustimmung des Nacherben zu verfügen befugt ist, wirkt es auch gegen den Nacherben (vgl. auch § 1380). Unterbrechung des Verfahrens bei Eintritt der Nacherbfolge ZPO §§ 242, 246, vollstreckbare Ausfertigung § 728 Abs 1. — Verfügungsbeschränkungen des Vorerben infolge der Bestellung eines verwaltenden Testamentsvollstreckers §§ 2211 ff. (s. auch § 2222). Eintragungen im Grundbuch GBO § 52.

§ 2113

Die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück[1] **ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde**[2]**.**

Das Gleiche gilt von der Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt[3]**. Ausgenommen sind Schenkungen,**

durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird[4]).

Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung[5]).

E I 1828, 1839 II 1986 M 5, 114—116, 129, 130 P 5, 97—104, 109—112, 130; 6 129, 130.

Zu Abs 1 Befreiung zulässig, § 2136.

1. Den **Grundstücken** sind gleichgestellt Erbbaurechte (§ 1017) und die EG Artt 63, 196 erwähnten Rechte. **Rechte an Grundstücken** § 873 A 6. Bezüglich der Hypothekenforderungen, Grundschulden und Rentenschulden s. auch § 2114 A 1. Gleichgültig ist, ob das Grundstück usw. schon von Anfang an zur Erbschaft gehört oder erst im Wege der Surrogation (§ 2111) Bestandteil geworden ist. **Verfügung** über ein Grundstück (vgl. auch §§ 1445, 1821 Nr 1) ist Übertragung des Eigentums, Dereliktion (§ 928) und Belastung mit einem Rechte (§ 873), Verfügung über ein Recht am Grundstücke Aufhebung des Rechts, Übertragung, Belastung mit einem Rechte, Änderung des Rechtsinhalts (§§ 873—877), nicht aber Vermietung und Verpachtung (§ 2135).

2. Die **Unwirksamkeit der Verfügung** beruht nicht auf einem gesetzlichen Veräußerungsverbot, § 135. Sie ist nur eine bedingte (durch den Fall des Eintritts der Nacherbfolge) und zugleich ihrem Umfang nach begrenzte (soweit sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde). Die Verfügung ist deshalb von Anfang an wirksam, wenn sie auf die Dauer des Rechts des Vorerben beschränkt ist. Sie wird ferner vollwirksam, sobald feststeht, daß es überhaupt nicht zur Nacherbfolge kommen wird. Ebenso wenn der Nacherbe zu der Verfügung zustimmt oder wenn der Vorerbe das mit dem Rechte des Nacherben belastete Grundstück oder Recht zum freien Eigentum erwirbt oder wenn der Nacherbe unbeschränkter Erbe des Vorerben wird (§ 185). Zur Einwilligung kann der Nacherbe unter Umständen gezwungen werden (§ 2120). Der Nacherbe kann die relative Unwirksamkeit der ihn benachteiligenden Verfügung unter Umständen schon vor Eintritt der Nacherbfolge durch Feststellungsklage gegen den Vorerben geltend machen. So in einem landrechtlichen Falle anerkannt RG 24. 6. 07 IV 551/06. Die Vereitelung oder Beeinträchtigung des Nacherbenrechts (§§ 161 Abs 1, 883 Abs 2) wird im Falle der Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks immer gegeben sein, wenn sie nicht in Erfüllung einer bereits vom Erblasser eingegangenen Verbindlichkeit (Auflassung eines von ihm verkauften Hauses) vorgenommen wird. Ebenso bei der Verfügung über ein Recht am Grundstück, es müßte denn damit eine bloß formale Rechtsänderung (Verwandlung der Buchhypothek in Briefhypothek) oder sogar eine Besserung z. B. in der Rangstellung (§ 880) herbeigeführt werden. Jedenfalls wird die Beeinträchtigung dadurch nicht beseitigt, daß wirtschaftlich angesehen die Lage des Nacherben durch die Verfügung nicht verschlechtert wird, daß z. B. der Vorerbe für das veräußerte Grundstück den vollen Geldwert gezahlt erhält. Mit dem Eintritt der Nacherbfolge endigt die Wirkung der dem Abs 1 zuwiderlaufenden Verfügung und tritt der frühere Rechtszustand wieder ein (§§ 163, 158). Mit diesem Zeitpunkt kann deshalb die Unwirksamkeit von jedem, nicht bloß vom Nacherben geltend gemacht werden (a. M. Dernburg V § 58 A 2), jedoch unbeschadet der während der Schwebezeit von Dritten erlangten Rechte (Abs 3). Das Recht des Nacherben und, soweit der Vorerbe von Beschränkung seines Verfügungsrechts befreit ist, auch die Befreiung sind, wenn der Nacherbe nicht hierauf verzichtet hat (RG 61, 232), von Amts wegen im Grundbuch einzutragen (GBO § 52). Ist dies geschehen, so steht der grundbücherlichen Eintragung von Verfügungen des Vorerben, da eine Sperre des Grundbuchs nicht eintritt (§ 892), nichts entgegen, ausgenommen wenn es sich um Löschungen auf Grund einer Verfügung des Vorerben handelt. Ist es nicht geschehen, so darf das Grundbuchamt auf Grund einer Verfügung auch des **befreiten Vorerben** keine Rechtsänderung in das Grundbuch eintragen, es sei denn, daß die Einwilligung des Nacherben in die Verfügung gemäß GBO § 29 ihm nachgewiesen oder offenkundig oder daß ihre Notwendigkeit durch die ganze Sachlage ausgeschlossen ist. So geeignetenfalls auch, wenn es sich um eine Löschungsbewilligung des Vorerben handelt (RG 69, 260). Davon abgesehen läßt sich mit den im Grundbuchsverfahren zulässigen Beweismitteln, außer durch eine beglaubigte Erklärung des Nacherben, nicht mit Sicherheit feststellen, ob die Verfügung des Vorerben eine entgeltliche oder unentgeltliche und ob sie deshalb nach Abs 2 auch dem befreiten Vorerben verboten ist. So ausführlich RG 61, 228; 65, 214 u. 70, 333, dagegen Planck § 2136 A 3 und Zitate in § 2113 Eing.

3. Die **unentgeltliche Verfügung** über Erbschaftsgegenstände jeder Art, Sachen und Rechte (§ 90), nicht bloß Grundstücke, ist auch dem befreiten Vorerben nicht gestattet (A 2) und macht ihn nach § 2138 Abs 2 gegenüber dem Nacherben schadensersatzpflichtig. Sie wird stets eine Vereitelung des Rechtes des Nacherben enthalten und kann deshalb nur Wirksamkeit behalten, wenn der Nacherbe einwilligt oder wenn es überhaupt nicht zur Nacherbfolge kommt.

Sie ist nicht notwendig Schenkung (§ 516). Es genügt, daß ohne Gegenleistung, vielleicht nur in Erwartung einer solchen oder in dem irrigen Glauben, sie bedungen zu haben, verfügt ist. Dagegen fällt nicht hierunter Versäumnis eines Erwerbs, Ausschlagung einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft, Duldung der Verjährung. Auch der Vorerbe selbst ist an sein gemäß § 518 erteiltes „unwirksames" Schenkungsversprechen nicht gebunden, wird aber zum Schadensersatz aus § 122 gehalten sein.

4. Erlaubte Schenkungen s. § 534 (auch §§ 1446, 1641, 1804, 2205, 2330).

5. Übereinstimmend mit § 161 Abs 3, dort A 3 und ZPO § 325 Abs 2. Der **gutgläubige Erwerber** muß darüber in Unkenntnis sein, daß der vom Vorerben veräußerte Gegenstand zur Erbschaft gehört oder den Vorerben irrig für befreit gehalten haben. Der Schutz kommt auch dem Empfänger der unentgeltlichen Leistung zugute (A 3), doch bleibt er dem Bereicherungsanspruch aus § 816 Abs 1 ausgesetzt. Noch weitergehender Schutz des Erwerbers durch Erbschein, worin die Nacherbfolge unerwähnt geblieben ist, §§ 2366, 2363.

§ 2114

Gehört zur Erbschaft eine Hypothekenforderung, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld, so steht die Kündigung und die Einziehung dem Vorerben zu[1]). Der Vorerbe kann jedoch nur verlangen, daß das Kapital an ihn nach Beibringung der Einwilligung des Nacherben gezahlt oder daß es für ihn und den Nacherben hinterlegt wird[2]). Auf andere Verfügungen über die Hypothekenforderung, die Grundschuld oder die Rentenschuld finden die Vorschriften des § 2113 Anwendung[3]).

E I 1818—1821, 1828 II 1987 M 5 96—98 114—116 P 5 104.

Befreiung zulässig § 2136.

1. **Hypothek** §§ 1113 ff., **Grundschuld** §§ 1191 ff., **Rentenschuld** §§ 1199 ff. sind Rechte am Grundstück. Die Verfügung hierüber, wozu auch Kündigung und Einziehung gehören, unterliegt deshalb an sich den Beschränkungen des § 2113. Der Vorerbe ist jedoch (noch über den Nießbraucher hinaus §§ 1077, 1080) insofern freier gestellt, als ihm die **Kündigung** unter der aus § 2131 sich ergebenden Verantwortung selbständig überlassen ist. Demgemäß ist auch die vom Schuldner dem Vorerben gegenüber erklärte Kündigung vollwirksam.

2. Auch die **Einziehung** ist nicht (wie § 1078) von der Mitwirkung des Nacherben abhängig. Das Zahlungsverlangen ist aber inhaltlich in der Weise beschränkt, daß den Rechten des Nacherben kein Abbruch geschehen kann. Seine Einwilligung, d. h. vorherige Zustimmung (§ 183) ist auf Verlangen und regelmäßig schon im Hinblick auf GBO § 29 in öffentlich beglaubigter Form zu erteilen, § 2120. Sie kann zum Zwecke seiner Befreiung auch vom Schuldner beansprucht werden. Hinterlegung § 372. Die hinterlegten Gegenstände werden im Falle des § 378 Surrogate der Erbschaft (§ 2111), die Zustimmung des Nacherben zur Verfügung hierüber oder zur anderweiten Anlegung ist nach § 2116 Abs 2 oder § 2120 erforderlich. Die Vorschrift trifft auch gegenüber dem persönlichen Schuldner zu, der nicht Eigentümer ist (§ 1143) und findet auch Anwendung, wenn der Schuldner freiwillig leistet. Dagegen ist der Vorerbe in Ansehung anderer Forderungen, insbesondere auf Zinsrückstände nach § 2112 nicht beschränkt.

3. **Andere Verfügungen** als Kündigung und Einziehung § 2113 A 1. Hierzu gehört auch die Aufrechnung, wenn sie vom Vorerben erklärt wird.

§ 2115

Eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung[1]) oder durch den Konkursverwalter erfolgt[2]), ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde[3]). Die Verfügung ist unbeschränkt wirksam, wenn der Anspruch eines Nachlaßgläubigers oder ein an einem Erbschaftsgegenstande bestehendes Recht geltend gemacht wird, das im Falle des Eintritts der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber wirksam ist[4]).

E I 1829 II 1988 M 5, 117 P 5, 112—114; 6, 92, 93.

1. Wie die vom Vorerben vorgenommenen Verfügungen im Falle des § 2113, so sind auch die gegen ihn ergehenden Verfügungen unwirksam, wenn sie im Wege der **Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung** stattfinden. Und zwar auch wenn der Vorerbe

nach §§ 2136, 2137 befreit ist, sowie rücksichtlich aller Arten von Erbschaftsgegenständen, also auch beweglicher Sachen und Rechte, die zur Erbschaft gehören. ZPO § 773 verbietet demgemäß die Veräußerung und Überweisung der zu einer Vorerbschaft gehörenden Gegenstände und gibt dem Nacherben ein Widerspruchsrecht. Nur um Verwirklichung einer rechtsgeschäftlichen (urteilsmäßigen), nicht um eine im Wege der Zwangsvollstreckung ergehende Verfügung handelt es sich in den Fällen der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung nach ZPO §§ 894, 895 und § 897.

2. Beschränkungen des **Konkursverwalters** im Konkurse des Vorerben in seinem Verfügungsrechte aus KO § 6 Abs 2. Sie sind ihm auch nicht in Erfüllung zweiseitiger Verträge nach KO § 17 gestattet. Die Veräußerung der Erbschaftsgegenstände ist ihm durch KO § 128 noch besonders untersagt. Der Nacherbe kann hiergegen den Schutz des Konkursgerichts anrufen (KO § 83), hat aber kein Aussonderungsrecht aus KO § 43, da der Erbschaftsgegenstand immerhin bis zum Eintritt der Nacherbfolge dem Gemeinschuldner als wahrem Erben gehört (a. M. Dernburg V § 58 A 7).

3. Die **Unwirksamkeit der Verfügung** ist eine bedingte und begrenzte wie § 2113 A 2. Jedenfalls ist die Vornahme der Zwangsvollstreckung zulässig und steht auch dem Nacherben insoweit kein Widerspruchsrecht zu, als es sich um die Begründung von Pfandrechten gemäß ZPO §§ 804, 829, 846 ff., 857 ff., 930 oder um Eintragung einer Sicherungshypothek nach §§ 866 ff (RJA 4, 59) oder nur um Beschlagnahme des Grundstücks nach ZVG §§ 20 ff. handelt. Nicht betroffen durch § 2115 sind Vollstreckungshandlungen, die sich auf die dem Vorerben zustehenden Nutzungen (§ 2111 A 3) beschränken. S. jedoch ZPO § 863. So auch die Zwangsverwaltung nach ZVG § 146 ff. Nur die Veräußerung und Überweisung ist ausgeschlossen (ZPO § 773). Erst wenn es zur Nacherbfolge kommt, kann der Nacherbe Beseitigung aller Vollstreckungsmaßregeln verlangen. Vorher hat er nach § 2128 gegebenenfalls das Recht auf Sicherheitsleistung.

4. Das Recht des Nacherben wie jedes andern Erben muß unbedingt den **Ansprüchen der Nachlaßgläubiger** weichen (§ 1967). Auch dann ist ohne Rücksicht auf den Nacherben die völlige Durchführung der Zwangsvollstreckung zulässig, wenn sie auf Grund eines **Rechtes an einem Erbschaftsgegenstande** vorgenommen wird, das entweder bereits vom Erblasser (somit zugunsten eines Nachlaßgläubigers) oder auch erst vom Vorerben begründet worden ist, vorausgesetzt, daß das Recht auch gegenüber dem Nacherben wirksam ist. So bei allen Verfügungen, zu denen der Nacherbe eingewilligt hat (§ 2120) oder die der Vorerbe in Beziehung auf andere Gegenstände als Grundstücke oder Rechte an Grundstücken oder die er gegen Entgelt vorgenommen hat (§§ 2112, 2113). Ebenso bei Hypothekenzinsen und Reallasten, die der Vorerbe unbefriedigt gelassen hat (§§ 1107, 1108, 1118). Ist das Recht am Erbschaftsgegenstand erst im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben erlangt (Pfandrecht), so ist seine fernere Geltendmachung durch Satz 1 (A 3) ausgeschlossen. Unter den gleichen Voraussetzungen sind die Verfügungen des Konkursverwalters unbeschränkt wirksam. — Die Vorschrift zum Schutze der Nichtberechtigten (§ 2113 A 5) ist hier nicht aufgenommen. Hiernach erwirbt auch der gutgläubig, d. h. ohne Kenntnis des Nacherbenrechts mit der Zwangsvollstreckung vorgehende Gläubiger oder mit dem Konkursverwalter verhandelnde Dritte durch die betreffenden Verfügungen keine gegen den Nacherben wirksamen Rechte. Kommt es jedoch zu einer wirklichen Veräußerung, so greift nach §§ 932 ff., 892 sein guter Glaube durch. Ebenso erwirbt der Ersteher in der Versteigerung gemäß § 1244, ZVG §§ 90 ff. wirksames Eigentum. — Ähnliche Vorschriften in §§ 135, 161, 184, 353, 499, 883.

§ 2116

Der Vorerbe hat auf Verlangen des Nacherben die zur Erbschaft gehörenden Inhaberpapiere nebst den Erneuerungsscheinen bei einer Hinterlegungsstelle oder bei der Reichsbank mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur mit Zustimmung des Nacherben verlangt werden kann[1]). Die Hinterlegung von Inhaberpapieren, die nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen gehören, sowie von Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheinen kann nicht verlangt werden[2]). Den Inhaberpapieren stehen Orderpapiere gleich, die mit Blankoindossament versehen sind[3]).

Über die hinterlegten Papiere kann der Vorerbe nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen[4]).

E I 1822 II 1989 M 5, 98—100 P 5, 99 106—109; 6, 93 94.

Befreiung zulässig § 2136.

1. Der Vorerbe ist bezüglich der **Inhaberpapiere** (§§ 793 ff., 1195 Inhaberaktien HGB §§ 179, 320) und Erneuerungsscheine (§ 805) nur schuldrechtlich und nur insoweit ge-

bunden, als der Nacherbe das Verlangen nach Hinterlegung gestellt hat. Schadensersatzpflicht nach § 2130. Legitimationspapiere (§ 808), z. B. Sparkassenbücher gehören nicht zu den Inhaberpapieren. Hinterlegungsstellen nach Landesgesetz EG Artt 144—146. Die gleiche Art der Hinterlegung ist vorgeschrieben beim Nießbrauch § 1082, gesetzlichen Güterrecht § 1392 und für die vormundschaftliche Verwaltung § 1814.

2. Die Inhaberpapiere sind **verbrauchbare Sachen**, wenn ihr bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht, z. B. Banknoten, das Betriebskapital eines Bankgeschäfts (s. auch § 1084).

3. **Orderpapiere** HGB § 363, Blankoindossament WO § 12. Der Vorerbe kann sich mithin der Hinterlegungspflicht dadurch entziehen, daß er das Papier an Order indossiert, WO § 13.

4. Ist es einmal zur Hinterlegung gekommen, so ist, solange sie dauert, jede ohne **Zustimmung des Nacherben** (§§ 182—184) vorgenommene Verfügung von Anfang an und nicht bloß wie im Falle der §§ 2113 A 2, 2115 A 3 bedingungsweise unwirksam. Verpflichtung des Nacherben zur Zustimmung § 2120.

§ 2117

Der Vorerbe kann die Inhaberpapiere, statt sie nach § 2116 zu hinterlegen, auf seinen Namen mit der Bestimmung umschreiben lassen, daß er über sie nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann. Sind die Papiere von dem Reiche oder einem Bundesstaat ausgestellt, so kann er sie mit der gleichen Bestimmung in Buchforderungen gegen das Reich oder den Bundesstaat umwandeln lassen[1]).

E I 1822 Abs 1 II 1990 M 5, 99, 106—108; 6, 93, 94.

Befreiung zulässig § 2136.

1. **Umschreibung** auf den Namen § 806, EG Art 101. Reichsschuldbuch RG v 31. 5. 91 und 28. 6. 04, EG Art 50, Staatsschuldbuch EG Art 97. Gleiche Vorschriften für die Verwaltung des Mannes und des Vormundes §§ 1393, 1815.

§ 2118

Gehören zur Erbschaft Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat, so ist der Vorerbe auf Verlangen des Nacherben verpflichtet, in das Schuldbuch den Vermerk eintragen zu lassen, daß er über die Forderungen nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann[1]).

E II 1191 P 5, 99, 106—108; 6, 93, 94.

Befreiung zulässig § 2136.

1. Wie beim Vormund § 1816. Reichsschuldbuch RG v 31. 5. 91 und 28. 6. 04. Trifft auch zu, wenn die **Buchforderungen** erst nachträglich zur Erbschaft erworben sind (§ 2111).

§ 2119

Geld, das nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft dauernd anzulegen ist, darf der Vorerbe nur nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften anlegen[1]).

E II 1992 P 5, 104, 105.

Befreiung zulässig § 2136.

1. Der Vorerbe ist insofern etwas freier gestellt, wie der Mann, der Vater oder der Vormund (§§ 1377, 1642, 1806), als er nicht verpflichtet ist, **Geld dauernd anzulegen**, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu halten ist. Immerhin sind hierfür nicht seine eigenen Gepflogenheiten (§ 2131), sondern die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft (§ 2038 A 2) maßgebend. Jedenfalls aber hat er, wenn er einmal eine dauernde Anlage vornimmt, hierbei auf mündelmäßige Sicherheit (§§ 1807, 1808, EG Artt 144, 212) Bedacht zu nehmen, hierzu **RG** 71, 4. Die Genehmigung des Nacherben zur Erhebung des Geldes wie in §§ 1809, 1810 braucht er bei der Anlegung nicht auszubedingen. Auch seine Zustimmung zur Anlegung braucht er nicht einzuholen (s. jedoch § 2128). In der Anlegung von Geldern zu bloß vorübergehenden Zwecken (Bankguthaben, Ansammlung von Betriebsmitteln) ist er nur insoweit beschränkt, als er nicht grobfahrlässig handeln darf (§ 277). Keinesfalls ist er genötigt, vom Erblasser überkommene unsichere Anlagen in mündelmäßige umzuwandeln. — Ähnlich beim Nießbrauch § 1079 und beim Pfandrecht an Forderungen § 1288.

§ 2120

Ist zur ordnungsmäßigen Verwaltung, insbesondere zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten, eine Verfügung erforderlich, die der Vorerbe nicht mit Wirkung gegen den Nacherben vornehmen kann, so ist der Nacherbe dem Vorerben gegenüber verpflichtet, seine Einwilligung zu der Verfügung zu erteilen[1]). Die Einwilligung ist auf Verlangen in öffentlich beglaubigter Form zu erklären[2]). Die Kosten der Beglaubigung fallen dem Vorerben zur Last[3]).

E I 1823, 1828 Abs 3, 1831 II 1993 M 5, 107, 108, 116, 117, 120 P 5, 109, 112; 6, 94.

1. Ordnungsmäßige Verwaltung § 2038 A 2. Gedacht ist vorzugsweise an die Notwendigkeit einer Versilberung von Nachlaßgegenständen, um Mittel zur Bezahlung von Nachlaßschulden zu gewinnen. Diese Versilberung ist mit Wirkung gegen den Nacherben dem Vorerben allein nicht gestattet, wenn es sich handelt um Grundstücke oder Rechte an Grundstücken (§§ 2113 Abs 1, 2114) oder um die Verfügung über Papiere oder Buchforderungen, die gemäß §§ 2116—2118 hinterlegt oder umgeschrieben sind. Die **Einwilligung des Nacherben** oder des für ihn bestellten Testamentsvollstreckers (§ 2222), die gemäß §§ 183 im Voraus zu erklären ist, aber auch als Genehmigung (§ 184) die Verfügung nachträglich wirksam macht, ist in solchen Fällen unentbehrlich und darf nicht verweigert werden, wenn die Maßregel (Einziehung einer Hypothek) nicht erweislich zur Vereitelung des Nacherbenrechts erfolgt (RG 70, 332). Besteht die Nachlaßverbindlichkeit unmittelbar in der Vornahme einer Verfügung nach § 2113 Abs 1, z. B. in der Auflassung eines bereits vom Erblasser veräußerten Grundstücks, so bedarf es zwar materiell der Einwilligung des Nacherben nicht, immerhin muß sie formell dem Grundbuchamte nachgewiesen werden (§ 2113 A 2). Die Verpflichtung besteht nur gegenüber dem Vorerben, nicht also auch gegenüber dem Dritten, der an der Wirksamkeit der Verfügung interessiert ist. Der Vorerbe ist aber an der Abtretung seines Anspruchs auf Einwilligung nicht gehindert. Macht der Nacherbe gegen den dritten Erwerber eines Erbschaftsgegenstandes die Unwirksamkeit geltend, so darf ihm der Dritte, falls er nicht ohnedies durch § 2113 Abs 3 in seinem Erwerbe geschützt ist, mit der Einrede (exceptio doli) begegnen, daß er gemäß § 2120 die Verfügung nachträglich zu genehmigen habe (a. M. Staudinger A 3). Der Beweis, daß der Nacherbe zur Einwilligung verpflichtet sei, ist vom Vorerben zu führen.

2. **Beglaubigung** § 129, FGG §§ 167, 183, 191.

3. Die **Kosten** gehören also nicht zu den Nachlaßverbindlichkeiten § 1967, sondern zählen zu den Erhaltungskosten § 2124 Abs 1.

§ 2121

Der Vorerbe hat dem Nacherben auf Verlangen ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mitzuteilen. Das Verzeichnis ist mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von dem Vorerben zu unterzeichnen; der Vorerbe hat auf Verlangen die Unterzeichnung öffentlich beglaubigen zu lassen[1]).

Der Nacherbe kann verlangen, daß er bei der Aufnahme des Verzeichnisses zugezogen wird[2]).

Der Vorerbe ist berechtigt und auf Verlangen des Nacherben verpflichtet, das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufnehmen zu lassen[3]).

Die Kosten der Aufnahme und der Beglaubigung fallen der Erbschaft zur Last[4]).

E I 1815, 993, 1042 II 1994 M 5, 103 P 5, 93, 94, 98; 3, 394—396.

1. Befreiung nach § 2136 nicht zulässig. Das **Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände** (so auch beim Nießbrauch § 1035 und gesetzlichen Güterrecht § 1372) umfaßt nur die Aktiven der Erbschaft, Sachen und Rechte (§ 90) und braucht nicht, wie das Inventar (§ 2001 Abs 2) eine Beschreibung und Wertsangabe zu enthalten. Seine Beweiskraft ist, da die Vermutung des § 2009 hier nicht gilt, nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Es ist mitzuteilen, nur auf Verlangen des Nacherben, das im Prozeßwege durchzusetzen ist (OLG 8, 274). Ist der Vorerbe zugleich Gewalthaber des Nacherben, so ist er schon nach § 1640 zur Aufnahme und Einreichung an das Vormundschaftsgericht verpflichtet (RG 65, 142). Das Verzeichnis braucht nur einmal aufgestellt zu werden Über spätere Veränderungen im Bestande

der Erbschaft (Anfall eines Miterbenanteils § 2110, Surrogation § 2111) hat der Vorerbe nur im Falle des § 2127 Auskunft zu erteilen und nur unter den gleichen Voraussetzungen ist er nach § 260 zum Offenbarungseide verpflichtet. Beglaubigung § 129, FGG §§ 167, 183, 193.

2. Der **Nacherbe** ist zur **Anwesenheit** nur berechtigt, nicht aber, auch auf Verlangen des Vorerben nicht, dazu verpflichtet. Ebensowenig zur Mitwirkung oder auch nur zur Äußerung über die Richtigkeit und zur Mitunterzeichnung.

3. Die **Zuständigkeit** bestimmt sich nach Landesrecht. Der Nacherbe kann sich auch damit begnügen, daß der Vorerbe die Behörde nur zuzieht (§ 2002).

4. Die **Kosten** sind Nachlaßverbindlichkeit § 1967. Dies schließt nicht aus, daß sie den Vorerben im Verhältnis zu Dritten als eigene Verbindlichkeit treffen. Hat der Vorerbe das Verzeichnis aus eigener Bewegung aufgestellt, so können die Kosten als Verwendungen nach §§ 2124, 2125 in Betracht kommen.

§ 2122

Der Vorerbe kann den Zustand der zur Erbschaft gehörenden Sachen auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen. Das gleiche Recht steht dem Nacherben zu[1]).

E I 1815, 992 II 1995 M 5, 103 P 5, 94, 99.

1. Befreiung nach § 2136 nicht zulässig. Wie beim Nießbrauch § 1034, dem gesetzlichen Güterstande § 1372 und der Errungenschaftsgemeinschaft § 1528. Die **Feststellung des Zustandes** der Sachen (§ 2111) kann auch wiederholt und ohne die Voraussetzungen der §§ 2127, 2128 verlangt werden, solange sie nicht in Schikane ausartet (§ 226). Vorzeigungspflicht des Vorerben § 809. Verfahren FGG §§ 15, 164.

§ 2123

Gehört ein Wald zur Erbschaft, so kann sowohl der Vorerbe als der Nacherbe verlangen, daß das Maß der Nutzung und die Art der wirtschaftlichen Behandlung durch einen Wirtschaftsplan festgestellt werden. Tritt eine erhebliche Änderung der Umstände ein, so kann jeder Teil eine entsprechende Änderung des Wirtschaftsplans verlangen. Die Kosten fallen der Erbschaft zur Last.

Das Gleiche gilt, wenn ein Bergwerk oder eine andere auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichtete Anlage zur Erbschaft gehört[1]).

E II 1996 P 5, 127, 128; 6, 344.

Befreiung zulässig § 2136.

1. **Wald- und Bergwerksnutzung** wie beim Nießbrauch vgl. § 1038. Die Kosten sind Nachlaßverbindlichkeit § 1967.

§ 2124

Der Vorerbe trägt dem Nacherben gegenüber die gewöhnlichen Erhaltungskosten[1]).

Andere Aufwendungen, die der Vorerbe zum Zwecke der Erhaltung von Erbschaftsgegenständen den Umständen nach für erforderlich halten darf, kann er aus der Erbschaft bestreiten[2]). Bestreitet er sie aus seinem Vermögen, so ist der Nacherbe im Falle des Eintritts der Nacherbfolge zum Ersatze verpflichtet[3]).

E I 1815, 997—999 II 1997 M 5, 103, 104 P 5, 100, 115—121.

1. Die **gewöhnlichen Erhaltungskosten** sind in Gegensatz gestellt zu andern Aufwendungen zum Zwecke der Erhaltung (Abs 2), zu Verwendungen (§ 2125) und zu den außerordentlichen Lasten (§ 2126). Es fallen deshalb darunter, obschon nicht eigentlich der Erhaltung, sondern der Verwaltung der Erbschaft dienend (Prot 5, 119), die gewöhnlichen Lasten wie Abgaben, Renten, Zinsen der Nachlaßschulden, die üblichen Versicherungsprämien usw. Eigentliche Erhaltungskosten sind Aufwendungen für Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande einschließlich der zur gewöhnlichen Unterhaltung gehörenden Ausbesserungen und Erneuerungen (§ 1041, auch §§ 582, 601), somit auch die zur Fortführung eines gewerblichen oder landwirtschaftlichen Betriebs im bisherigen Umfange notwendigen

Ausgaben. Der Vorerbe hat diese Kosten als Gegensatz für die ihm gebührenden Nutzungen (§ 2111 A 3) — jedoch ohne Rücksicht darauf, ob er hierin volle Deckung findet oder nicht — auf die Dauer seines Rechts selbst zu tragen (§ 103). Daß er sie dem Nacherben gegenüber zu tragen hat, bedeutet, daß er hierfür nicht Ersatz oder Befreiung nach § 257 verlangen kann und daß er auch nach Eintritt der Nacherbfolge dafür aufzukommen hat (§ 2145 Abs 1), soweit nicht nach §§ 2130, 592, 593 für das letzte Jahr ein Ausgleich stattfindet. Vernachlässigt er die Erhaltung der Erbschaft, so macht er sich gemäß §§ 2130, 2131 schadensersatzpflichtig.

2. Zu den **anderen Aufwendungen** gehören außergewöhnliche Ausbesserungen und Erneuerung von Erbschaftsgegenständen (§§ 1042, 1043), wobei auch an Sachinbegriffe (Landgut, Herde, Handelsgeschäft) zu denken ist. Auch die Kosten des im Interesse der Erbschaft über einen Erbschaftsgegenstand nicht leichtfertig geführten Rechtsstreits fallen (abweichend § 1387 Nr 1) der Erbschaft zur Last. Über Notwendigkeit und Umfang der Aufwendungen zu entscheiden, steht wie beim Beauftragten (§ 670) in dem gutgläubig ausgeübten Ermessen des Vorerben. Er kann die Aufwendungen aus der Erbschaft oder ihren Surrogaten (§ 2111) bestreiten, somit auch Erbschaftsgegenstände hierzu in Geld umsetzen und in den Fällen des § 2120 die erforderliche Einwilligung des Vorerben erzwingen.

3. Aus seinem Vermögen bestreitet der Vorerbe die Aufwendungen auch dann, wenn er hierzu die Nutzungen der Erbschaft verwendet (§ 2111 A 3). Die **Ersatzpflicht des Nacherben** entsteht erst **mit der Nacherbfolge** (§ 2139). Bis dahin verbleiben dem Vorerben die Nutzungen der Erbschaft, er kann deshalb auch erst von diesem Zeitpunkt ab Verzinsung verlangen (§ 256). Anspruch auf Befreiung von Verbindlichkeiten § 257. Der Ersatzanspruch ist nicht wie gegenüber dem Eigentumsanspruch (§ 1001) davon abhängig, daß der Nacherbe den betreffenden Erbschaftsgegenstand erlangt. Auch Verwendungen auf untergegangene Gegenstände sind zu ersetzen (s. jedoch § 2138 A 2). Die Ersatzpflicht ist aber Nachlaßverbindlichkeit und unterliegt deshalb in jedem Falle der Beschränkung der Haftung, auch wenn der Nacherbe sonst unbeschränkt haftet, § 2144 Abs 3. Zurückbehaltungsrecht des Vorerben § 273.

§ 2125

Macht der Vorerbe Verwendungen auf die Erbschaft, die nicht unter die Vorschrift des § 2124 fallen[1]), so ist der Nacherbe im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zum Ersatze verpflichtet[2]).

Der Vorerbe ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er eine zur Erbschaft gehörende Sache versehen hat, wegzunehmen[3]).

E I 1815, 1010 II 1998 M 5, 103, 104 P 5, 100, 115—121.

1. Die **Verwendungen** sind hier in Gegensatz gestellt zu den gewöhnlichen und außergewöhnlichen Erhaltungskosten des § 2124. Im übrigen ist die Bestimmung dem Nießbrauch nachgebildet § 1049. Es handelt sich somit a) um Ausgaben im Interesse der Erbschaft, die über den Erhaltungszweck hinausgehen, z. B. Verbesserungen in der Kulturart, Um- und Erweiterungsbauten, Vermehrung des Betriebskapitals, oder b) um Ausgaben, die zwar dem Erhaltungszwecke dienen, aber (wie die Ausbesserung einer veralteten Maschinenanlage) vom Vorerben nicht hätten für erforderlich erachtet werden dürfen. Die Verwendungen können auf einzelne Gegenstände, aber auch auf die Erbschaft im ganzen gemacht sein, z. B. Rechtsstreit, der zur Feststellung des Erbrechts geführt wird.

2. Der Nacherbe ist, wie nach § 2124 Abs 2 nicht vor Eintritt der Nacherbfolge, jedoch nicht gleich dem Auftraggeber, sondern nach den Vorschriften über die **Geschäftsführung ohne Auftrag** ersatzpflichtig. Danach steht dem Vorerben wie nach §2124 Abs2 bei den Verwendungen zu Erhaltungszwecken der volle Ersatzanspruch aus §§ 683, 670 zu, soweit die Verwendungen dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Nacherben entsprechen oder soweit dem Vorerben § 679 zur Seite steht. Trifft dies nicht zu, so haftet der Nacherbe nach § 684 jedenfalls soweit er bereichert ist. Im übrigen gilt von dem Ersatzanspruch das § 2124 A 3 Gesagte.

3. Das **Wegnahmerecht** (§ 258) steht dem Geschäftsführer an sich nicht zu, ist deshalb dem Vorerben besonders eingeräumt. Der Vorerbe ist zur Wegnahme nur berechtigt, nicht verpflichtet.

§ 2126

Der Vorerbe hat im Verhältnisse zu dem Nacherben nicht die außerordentlichen Lasten zu tragen, die als auf den Stammwert der Erbschaftsgegen-

stände gelegt anzusehen sind[1]**). Auf diese Lasten finden die Vorschriften des § 2124 Abs 2 Anwendung.**

E I 1815, 1003 Nr 1 II 1999 M 5, 103, 104 P 5, 100, 115—120.

1. Indem der Vorerbe von Tragung der **außerordentlichen Lasten** (§§ 995, 1047, 1385 Nr 1) befreit wird, ist mittelbar zugleich seine Verpflichtung anerkannt, die ordentlichen öffentlichen oder privatrechtlichen Lasten (§ 103) als Gegensatz für die ihm zufließenden Nutzungen selbst zu tragen (§ 2124 A 1). Dies gilt auch von den außerordentlichen Lasten, soweit sie, wie z. B. die Einquartierungslast nicht auf den Stammwert gelegt sind. Dagegen kommen als solche den Stammwert ergreifende Lasten (M 3, 516) in Betracht: fällig werdende Hypotheken und Grundschulden, Zwangsaufwendungen für Neu- und Umbauten, Adjazentenbeiträge und dergl. Auch die der Erbschaft als Ganzem — nicht dem Vorerben für seine Person — auferlegten Vermächtnisse und Auflagen gehören hierher. Ebenso die Erbschaftssteuer, soweit nicht der Vorerbe selbst (gleich dem Nießbraucher) damit belegt ist, RErbschStG v. 3. 6. 06 § 27.

2. Der Vorerbe kann derartige Lasten aus der Erbschaft bestreiten und hat, insoweit er sie aus seinem Vermögen bestreitet, den Ersatzanspruch (§ 2124 A 2/3).

§ 2127

Der Nacherbe ist berechtigt, von dem Vorerben Auskunft über den Bestand der Erbschaft zu verlangen[1]**), wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Vorerbe durch seine Verwaltnug die Rechte des Nacherben erheblich verletzt**[2]**).**

E II 2000 P 5, 96, 97.

Befreiung zulässig § 2136.

1. Das Recht, **Auskunft zu verlangen** schließt nach § 260 das Recht in sich, Vorlegung eines (privatschriftlichen) Verzeichnisses des derzeitigen Bestandes und gegebenenfalls den Offenbarungseid zu verlangen. Hat der Vorerbe bereits nach § 2121 Verzeichnis gelegt, so genügt Angabe der seitdem eingetretenen Veränderungen. Die Auskunft kann, wenn ein neuer Grund gegeben ist, wiederholt verlangt werden. Von mehreren, auch nacheinander berufenen Nacherben steht das Recht jedem besonders zu. Für den noch unbekannten Nacherben hat sein nach § 1913 bestellter Pfleger zu sorgen. Ist nach § 2222 ein Testamentsvollstrecker bestellt, so ist dieser zu dem Auskunftsverlangen ausschließlich berechtigt.

2. Das Recht des Nacherben besteht in dem Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft in der § 2130 vorausgesetzten Beschaffenheit. Daraus folgt, daß **nicht ordnungsmäßige Verwaltung,** auch wenn sie nicht böswillig ist, das Verlangen rechtfertigt, wenn sie zugleich eine erhebliche Verletzung der Rechte des Nacherben (auf sorgsame Verwaltung) enthält. Immerhin muß die Besorgnis durch die Art der Verwaltung begründet sein. Ungünstige Vermögenslage des Vorerben (§ 2128 A 1) reicht für sich allein nicht aus. — Das Verlangen ist da nötig im Klagewege geltend zu machen. Für die Voraussetzungen ist der Nacherbe beweispflichtig.

§ 2128

Wird durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet[1]**), so kann der Nacherbe Sicherheitsleistung verlangen**[2]**).**

Die für die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Sicherheitsleistung geltenden Vorschriften des § 1052 finden entsprechende Anwendung[3]**).**

E I 1815, 1005, 1006 II 2001 M 5, 104 P 5, 100, 121—125.

Befreiung zulässig § 2136.

1. Der Vorerbe ist, wie der Nießbraucher (§ 1051) oder der Ehemann (§ 1391, hierzu RG 60, 182) nicht allgemein, sondern nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 2128 zur Sicherheitsleistung verpflichtet. Ähnlich § 1981 Abs 2. Daneben bleibt das Recht des Nacherben bestehen, auf Befolgung des § 2119 zu dringen (RG 71, 7). Das **Verhalten des Vorerben** braucht nicht gerade schuldhaft zu sein, muß aber doch zur Erbschaft in gewisser Beziehung stehen und objektiv die vom Gesetz erforderte Besorgnis rechtfertigen. So insbesondere bei unordentlicher Verwaltung (§ 2127) oder bei eigenmächtiger Vornahme der durch §§ 2113 ff. ihm untersagten Verfügungen. Ob die **ungünstige Vermögenslage** schon bei Anfall der Erbschaft vorhanden war oder erst später eintritt, ist gleichgültig. Sie allein genügt aber nicht. Es muß auch hier dazu kommen, daß, etwa wegen drohenden Zugriffs der Gläu-

biger des Vorerben oder zu befürchtender Veräußerung von Nachlaßgegenständen eine und zwar erhebliche Verletzung der Nacherbenrechte zu besorgen steht.

2. Das Verlangen kann unmittelbar auf **Sicherheitsleistung** gemäß §§ 232 ff. gerichtet werden und setzt nicht voraus, daß der Vorerbe hierzu bereits rechtskräftig verurteilt oder daß ihm zuvor nach § 2129 die Verwaltung entzogen ist (**RG** 59, 200). Die Sicherheit ist vom Vorerben nicht bloß mit der Erbschaft, sondern auch mit dem eigenen Vermögen zu leisten.

3. Der Anspruch des Vorerben steigert sich gemäß § 1052 bis zur **Entziehung der Verwaltung** und Bestellung eines Verwalters mit den weiteren Folgen des § 2129, wenn es zur rechtskräftigen Verurteilung dazu gekommen ist, die Sicherheit zu leisten und wenn die ihm hierfür zu bestimmende Frist (ZPO § 255 Abs 2) verstrichen ist. Die Entziehung der Verwaltung erfolgt im Klagewege, die Bestellung des Verwalters durch das Prozeßgericht. Die Entziehung ist aufzuheben, wenn die Sicherheit nachträglich geleistet wird. — Allgemeine Sicherungsmaßregeln zugunsten des Nacherben im Wege des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung sind durch § 2128 nicht ausgeschlossen. Sie können sich bis zur vorläufigen Entziehung der Verwaltung steigern, und zwar selbst dann, wenn der Erblasser Befreiung angeordnet oder den Nacherben nur auf den Überrest eingesetzt hat (§§ 2136, 2137).

§ 2129

Wird dem Vorerben die Verwaltung nach den Vorschriften des § 1052 entzogen, so verliert er das Recht, über Erbschaftsgegenstände zu verfügen[1]).

Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung[2]). Für die zur Erbschaft gehörenden Forderungen ist die Entziehung der Verwaltung dem Schuldner gegenüber erst wirksam, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntnis erlangt oder wenn ihm eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt wird[3]). Das Gleiche gilt von der Aufhebung der Entziehung[4]).

E II 2002 P 5, 124, 126; 6, 319.

Befreiung zulässig § 2136.

1. Die Entziehung der Verwaltung (§ 2128 A 3) hat schlechthin den **Verlust des Verfügungsrechts** zur Folge. Zugleich ist der Vorerbe dem bestellten Verwalter zur Herausgabe der Erbschaft verpflichtet, behält aber den Anspruch auf die Nutzungen (§ 2111 A 3). Die erforderlichen Verfügungen, da nötig mit Zustimmung des Nacherben, sind vom Verwalter zu treffen. Doch erlangt auch eine vom Vorerben getroffene Verfügung durch Genehmigung des hieran allein interessierten Nacherben Wirksamkeit (§ 185 Abs 2). Die Entziehung tritt ein mit der Vollstreckbarkeit der sie anordnenden Entscheidung. Die Verfügungsbeschränkung ist, wenn auch nicht von Amts wegen wie GBO § 52, so doch auf Antrag des Nacherben oder des bestellten Verwalters im Grundbuch einzutragen (GBO §§ 22, 13).

2. Vgl. § 2113 A 5.

3. Entsprechend dem Nießbrauch § 1070 Abs 2 und dem Pfandrecht an Rechten § 1275. Die regelmäßig vom Verwalter oder vom Nacherben ausgehende **Mitteilung an den Schuldner** ist, wenn sie erfolgt, in Form der Zustellung, auch der Ersatzzustellung (ZPO §§ 181, bis 184) ohne Rücksicht auf erlangte Kenntnis wirksam. Nicht geschützt ist der Dritte, der vom Vorerben eine Forderung durch Abtretung erwirbt, soweit ihm nicht §§ 892, 893 zustatten kommen. Auch auf Erbschein kann er sich nicht berufen (§ 2366), da der Erbschein über das Fortbestehen des Verfügungsrechts nicht Auskunft zu erteilen bestimmt ist.

4. Entsprechend § 1070 Schlußsatz. Die Entziehung der Verwaltung ist **aufzuheben**, wenn der Vorerbe nachträglich Sicherheit leistet, § 1052 Abs 3.

§ 2130

Der Vorerbe ist nach dem Eintritte der Nacherbfolge verpflichtet, dem Nacherben die Erbschaft in dem Zustande herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt[1]). Auf die Herausgabe eines landwirtschaftlichen Grundstücks findet die Vorschrift des § 592, auf die Herausgabe eines Landguts finden die Vorschriften der §§ 592, 593 entsprechende Anwendung[2]).

Der Vorerbe hat auf Verlangen Rechenschaft abzulegen[3]).

E I 1815, 1007 II 2003 M 5, 101, 102 P 5, 95, 96, 100, 128.

Befreiung zulässig § 2136.

1. Die **Herausgabepflicht** ist wie bei der Pacht (§ 591) nach Inhalt und Umfang durch einen objektiven Maßstab bestimmt: das Ergebnis einer bis zur Herausgabe fortge-

setzten ordnungsmäßigen Verwaltung. Was ihm hiernach im einzelnen obliegt (§ 2038 A 2), bestimmt sich nach allgemeinen Lebensanschauungen. Jedenfalls kann der Nacherbe nicht eine einzelne Verwaltungshandlung des Vorerben herausgreifen, sondern muß auf das Gesamtergebnis der Verwaltung sehen (Prot 5, 96). Anderseits kann sich der Vorerbe von der objektiv gegen ihn begründeten Haftung durch den Nachweis befreien, daß er auch in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger zu verfahren pflege (§ 2131), wenn ihm nicht grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 277). Der Herausgabeanspruch umfaßt auch die Surrogate der Erbschaft (§ 2111), ist aber seiner Natur nach schuldrechtlich und entsteht erst mit Eintritt der Nacherbfolge (§ 2139). Nimmt der Vorerbe darüber hinaus die Erbenstellung in Anspruch, so ist er nunmehr auch dem Erbschaftsanspruch des Nacherben ausgesetzt (§§ 2018 ff.). Auch im Falle der Befreiung (§ 2136) kann der Vorerbe von der Herausgabeverpflichtung selbstverständlich nicht ganz entbunden werden. Sie beschränkt sich nach § 2138 nur auf die noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände. Ersatzanspruch des Vorerben wegen seiner Verwendungen §§ 2124, 2125, Zurückbehaltungsrecht § 273, Verpflichtung zum Wertsersatz § 2134, Verteilung der Früchte und Lasten §§ 101 bis 103. Schutz des Vorerben gegen ordnungswidrige Verwaltung vor Eintritt der Nacherbfolge §§ 2127—2129.

2. Entsprechend dem Nießbrauch, vgl. § 1055 Abs 2.

3. Die **Rechenschaftspflicht** umfaßt nach § 259 und ebenso die Herausgabepflicht nach § 260 gegebenenfalls die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides. Bei der Rechnungslegung scheiden die Einnahmen aus, soweit sie Nutzungen sind (§ 2111 A 3). Ebensowenig kommen unter den Ausgaben die vom Vorerben zu tragenden gewöhnlichen Erhaltungskosten in Frage (§ 2124 Abs 1). Überhaupt dürfen an die Rechnung des Vorerben, der Herr der Erbschaft ist und nur nach Art eines Verwalters beurteilt wird, nicht gleich strenge Anforderungen wie an den eigentlichen Verwalter fremden Gutes gestellt werden.

§ 2131

Der Vorerbe hat dem Nacherben gegenüber in Ansehung der Verwaltung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[1]).

E I 1815, 991 II 2004 M 5, 102 P 5, 96, 99.

Befreiung zulässig § 2136.

1. Der subjektive Maßstab der **Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten** (vgl. auch §§ 690, 708, 1359, 1664) kommt von vornherein nicht in Betracht, soweit das Gesetz dem Vorerben bestimmte Verhaltungsmaßregeln vorschreibt (§§ 2116—2119, 2123, 2133, auch **RG** 73, 6), oder ihn schlechthin zum Wertsersatz verpflichtet (§ 2134). Ferner nicht, wenn es sich um ein grobfahrlässiges (§ 277) oder gar um ein arglistiges, auf Benachteiligung des Nacherben abzielendes Verhalten handelt. Für letzteren Fall kann ihm auch vom Erblasser die Haftung nicht erlassen werden (§ 2138 Abs 2). Im übrigen steht dem aus § 2130 an sich haftpflichtigen Vorerben der Gegenbeweis offen, daß er auch in eigenen Angelegenheiten nicht anders zu verfahren pflege.

§ 2132

Veränderungen oder Verschlechterungen von Erbschaftssachen, die durch ordnungsmäßige Benutzung herbeigeführt werden, hat der Vorerbe nicht zu vertreten[1]).

E I 1815, 1007 Abs 1 II 2006 Abs 2 M 5, 93 P 5, 101, 128.

1. Übereinstimmend mit dem Grundsatze des § 2130, auch bei der Miete § 548, der Leihe § 602 und dem Nießbrauch § 1050. Damit ist zugleich anerkannt, daß der Vorerbe für **Veränderungen und Verschlechterungen** einzustehen hat, soweit er den Beweis nicht führen kann, daß sie durch ordnungsmäßige oder doch mindestens seinen sonstigen Gepflogenheiten entsprechende Benutzung (§ 2131) verursacht sind. Für den befreiten Vorerben (§ 2136) entfällt jede Beweispflicht.

§ 2133

Zieht der Vorerbe Früchte den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider oder zieht er Früchte deshalb im Übermaße, weil dies infolge eines besonderen Ereignisses notwendig geworden ist[1]), so gebührt ihm der Wert der Früchte nur insoweit, als durch den ordnungswidrigen oder den

übermäßigen Fruchtbezug die ihm gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden und nicht der Wert der Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden ist[2]).

E I 1815, 988 Abs 2 II 2005 M 5, 101 P 5, 127, 128.

Befreiung zulässig § 2136.

1. Der entsprechenden Bestimmung beim Nießbrauch (§ 1039) nachgebildet. Daß dem Vorerben die bei ordnungsmäßiger Verwaltung (§ 2130 A 1) gezogenen Nutzungen eigentümlich gehören, ergibt § 2111 (A 3). Hier ist vorausgesetzt, daß im Vergleich zu den gewöhnlichen Nutzungen ein **Übermaß von Früchten** gezogen wird, entweder infolge ordnungswidriger Bewirtschaftung (Raubbau, Verkauf des zur Fortführung der Wirtschaft nötigen Strohs ꝛc.) oder notgedrungen infolge eines besonderen zufälligen Ereignisses (Windbruch ꝛc.). Auch diese übermäßigen Früchte würden nach §§ 100, 953 an sich dem Vorerben gebühren, wenn das Gesetz nicht einen Ausgleich träfe.

2. Der Vorerbe bleibt auf die tatsächlich im Übermaß gezogenen Früchte nur insoweit berechtigt, als sie dem Ergebnis der gewöhnlichen, ordnungsmäßigen Bewirtschaftung entsprechen. Den **Mehrertrag** hat er bei Eintritt der Nacherbfolge mit der Erbschaft grundsätzlich an den Nacherben **herauszugeben** oder zu ersetzen. Hiervon **kürzt sich** jedoch der **Ausfall an Früchten**, den er infolge ordnungswidrigen oder übermäßigen Fruchtbezugs erleidet (der Morgen Wald trägt normal 100, hat infolge Windbruchs getragen im 1. Jahre 1000, im 2., 3. und 4. Jahre nur 25. Dem Vorerben gebühren auf 4 Jahre 400, er hat gezogen 1075 und hat dem Nacherben deshalb herauszugeben 675). Diese Kürzung ist jedoch („und nicht") insoweit ausgeschlossen, d. h. der übermäßige Fruchtbezug (1000 infolge Windbruchs) ist an den Nacherben insoweit unverkürzt herauszugeben, als er zur **Wiederherstellung der Sache** zu verwenden ist. Beträgt somit der Aufforstungsaufwand 900, so hat der Vorerbe ohne Anspruch auf Ersatz wegen des Fruchtausfalls im 2.—4. Jahre dem Nacherben die vollen 900 herauszugeben. Hat der Vorerbe die Wiederherstellung selbst vorgenommen, so hat er insoweit, als er durch die mehr gezogenen Früchte nicht gedeckt ist, den Ersatzanspruch wegen Verwendungen aus §§ 2124, 2125. Beruht der übermäßige Fruchtbezug auf einem nach §§ 2130 bis 2132 vom Vorerben zu vertretenden Verschulden, so ist er dem Nacherben (wie in § 2134) für den hiernach nicht ausgeglichenen Schaden ersatzpflichtig. Zur Sicherheitsleistung (wie in § 1039) ist er nicht verbunden, wenn nicht § 2128 einschlägt.

§ 2134

Hat der Vorerbe einen Erbschaftsgegenstand für sich verwendet, so ist er nach dem Eintritte der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber zum Ersatze des Wertes verpflichtet[1]). Eine weitergehende Haftung wegen Verschuldens bleibt unberührt[2]).

E I 1815, 1007 Abs 1 II 2006 Abs 1 M 5, 93 P 5, 100, 128, 129.

Befreiung zulässig § 2136.

1. Vorausgesetzt ist die **Verwendung eines Erbschaftsgegenstandes** (oder eines dafür erlangten Surrogates § 2111), die dem Vorerben die durch § 2130 ihm auferlegte Verpflichtung zur Herausgabe des Gegenstandes unmöglich macht. An die Stelle des Gegenstandes tritt in diesem Falle, wie bei der Surrogation eine Forderung gegen den Vorerben auf Wertsersatz. Der Erbschaftsgegenstand kann auch in einem z. B. vom Vorerben zur Aufrechnung mit einer eigenen Schuld benutzten Rechte (§ 90) bestehen. Hauptfall ist die Verwendung von Geld und andern verbrauchbaren Sachen (§§ 92, 1377 Abs 2). Auch andere Sachen können durch Verbindung oder Vermischung mit eigenen Sachen des Vorerben oder durch eine von ihm vorgenommene Verarbeitung (§§ 946, 948, 950) vom Vorerben verwendet und dadurch untergegangen sein. Maßgebend für die Höhe des **Wertsersatzes** ist die Zeit der Verwendung. Er kann nicht vor Eintritt der Nacherbfolge gefordert werden.

2. Die **Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens** im Umfange der §§ 280, 249 ff. ist schon durch die Tatsache der Verwendung begründet, wenn hierin ein Akt ordnungswidriger Verwaltung zu finden ist, § 2130, und der Erbe sich auch nicht mit der Einrede aus § 2131 befreien kann. Böswillige Verminderung der Erbschaft § 2138 Abs 2. Auch die Art der Verwendung kann eine schuldhafte sein, z. B. Schädigung des Nachlaßgrundstücks durch Herausnahme und Verwendung eines Balkens.

§ 2135

Hat der Vorerbe ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück vermietet oder verpachtet, so finden, wenn das Miet- oder Pachtverhältnis bei dem Eintritte

der Nacherbfolge noch besteht, die Vorschriften des § 1056 entsprechende Anwendung[1]**).**

E I 1815, 1008 II 2007 M 5, 104, 105 P 5, 101, 129.

1. Ebenso bei der ehemännlichen und väterlichen Nutznießung §§ 1423, 1663. Danach tritt der Nacherbe mit Eintritt der Nacherbfolge an Stelle des Vorerben in die aus dem **Miet- oder Pachtverhältnis** sich ergebenden Pflichten des Vermieters oder Verpächters ein, der Vorerbe bleibt aber innerhalb der Grenzen des § 571 als Bürge haftbar. Dem Nacherben kommt die vom Mieter oder Pächter geleistete Sicherheit zugute, § 572. Verfügungen des Vorerben über den Miet- oder Pachtzins sind im Umfange des § 573 Satz 1, Rechtsgeschäfte und Aufrechnung zwischen Mieter oder Pächter und dem Vorerben nach Vorschrift der §§ 574, 575 wirksam. Die Anzeige des Vorerben an den Mieter oder Pächter, daß die Nacherbfolge eingetreten sei, ist für den Vorerben bindend, § 576. Die gleichen Wirkungen treten in Beziehung auf den Nacherben ein, der das vermietete Grundstück einem folgenden Nacherben herauszugeben hat, § 579. Kündigungsrecht des Nacherben gegenüber dem Mieter oder Pächter §§ 1056 Abs 2, 565, 566, Recht des Mieters oder Pächters, den Nacherben hierüber zur Erklärung aufzufordern § 1056 Abs 3. — Nach § 2120 kann der Nacherbe dazu angehalten werden, zu einer über den Eintritt der Nacherbfolge hinaus wirksamen Verlängerung des Pacht- oder Mietvertrags einzuwilligen, wenn sie durch die Umstände geboten ist.

§ 2136

Der Erblasser kann den Vorerben von den Beschränkungen und Verpflichtungen des § 2113 Abs 1 und der §§ 2114, 2116 bis 2119, 2123, 2127 bis 2131, 2133, 2134 befreien[1]**).**

E I 1824 II 2008 M 5, 103, 109 P 5, 109.

1. Die Zulässigkeit einer **Befreiung des Vorerben** von den hier erwähnten Beschränkungen und Verpflichtungen, die nicht ausdrücklich erklärt zu sein braucht (RG 69, 259), ist bereits bei den einzelnen Paragraphen hervorgehoben und erläutert. S. auch § 2137. Daraus ergibt sich, daß auch bei weitestgehender Befreiung der Vorerbe nicht unentgeltlich über Erbschaftsgegenstände verfügen darf (§ 2113 Abs 2), daß der Erblasser Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter nicht als wirksam erklären kann (§ 2115), den Vorerben nicht von der Inventarpflicht (§§ 2121, 2122), nicht von der Verpflichtung zur Tragung der gewöhnlichen Erhaltungskosten (§ 2124 Abs 1) befreien kann. Doch kann er ihm in letzterer Beziehung die aus §§ 2130, 2131, 2134 sich ergebende Vertretungspflicht erlassen. Daß dem Vorerben die Haftung für Arglist nicht erlassen werden kann, ist in § 2131 A 1 schon erwähnt, vgl. auch § 2138 Abs 2. Die Befreiung kann sich auf alle (§ 2137 Abs 1) oder nur auf einzelne Beschränkungen und Verpflichtungen erstrecken. Umgekehrt ist der Erblasser nicht gehindert, durch Anordnung von Vermächtnissen und Auflagen die gesetzlichen Verpflichtungen des Vorerben, insbesondere den Umfang seiner Herausgabepflicht (§ 2130) z. B. durch Erstreckung auf gezogene Nutzungen und gemachte Ersparnisse noch über die gesetzlichen Vorschriften hinaus zu steigern. Er kann auch die Verwaltung ganz einem Testamentsvollstrecker übertragen (§§ 2205, 2209, 2338 Abs 1). — Im Grundbuch ist neben dem Rechte des Nacherben auch die Befreiung des Vorerben von Amts wegen einzutragen, GBO § 52. Im Erbschein ist nur völlige Befreiung des Vorerben zu beurkunden, § 2363. Doch ist die Angabe einzelner Befreiungen nicht ausgeschlossen.

§ 2137

Hat der Erblasser den Nacherben auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird, so gilt die Befreiung von allen im § 2136 bezeichneten Beschränkungen und Verpflichtungen als angeordnet[1]**).**

Das Gleiche ist im Zweifel anzunehmen, wenn der Erblasser bestimmt hat, daß der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll[2]**).**

E I 1839, 1841 II 2009 M 5, 129, 130, 132 P 5, 150—158.

1. **Einsetzung auf den Überrest** (fideicommissum ejus quod supererit). Ist sie erklärt, so ist kraft ergänzender, aber eine andere Auslegung nicht zulassender Bestimmung des Gesetzes vom Erblasser auch Befreiung von allen Beschränkungen und Verpflichtungen gewollt. Soweit jedoch dem Erblasser die Möglichkeit einer Befreiung des Vorerben überhaupt

entzogen ist (§ 2136 A 1), bleibt er auch bei der Einsetzung auf den Überrest gebunden. Ebenso verbleibt es bei dem Grundsatze der Surrogation nach § 2111 (s. § 2138 A 1).

2. Räumt der Erblasser dem Vorerben „**freie Verfügung**" ein, so stellt das Gesetz nur eine Auslegungsregel auf. Der Wille des Erblassers kann insbesondere auf Befreiung bloß von den eigentlichen Verfügungsbeschränkungen (§§ 2113 Abs 1, 2114) gerichtet sein. — Eintragung im Grundbuch GBO § 52, Angabe im Erbschein § 2363.

§ 2138

Die Herausgabepflicht des Vorerben beschränkt sich in den Fällen des § 2137 auf die bei ihm noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände[1]). Für Verwendungen auf Gegenstände, die er infolge dieser Beschränkung nicht herauszugeben hat, kann er nicht Ersatz verlangen[2]).

Hat der Vorerbe der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 zuwider über einen Erbschaftsgegenstand verfügt oder hat er die Erbschaft in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, vermindert[3]), so ist er dem Nacherben zum Schadensersatze verpflichtet[4]).

E I 1840 II 2010 M 5, 130—132 P 5, 150—158.

1. Für den **Umfang der Herausgabepflicht** mit den aus § 260 sich ergebenden weiteren Verpflichtungen ist nicht, wie nach § 2130 der bei ordnungsmäßiger Verwaltung sich ergebende, sondern der tatsächliche Zustand der Erbschaft, der „Überrest" in der Hand des Vorerben bei Eintritt der Nacherbfolge maßgebend. Selbstverständlich sind die auch nach § 2111 an Stelle der ursprünglichen Erbschaftsgegenstände getretenen und noch vorhandenen Surrogate herauszugeben. Ein gesetzliches Recht des Vorerben irgend etwas von der Erbschaft für sich zurückzubehalten (quarta Falcidia) besteht nicht.

2. Der **Ersatzanspruch wegen Verwendungen** (§§ 2124 Abs 2, 2125) steht dem Vorerben nur zu, soweit es wirklich zur Herausgabe der Erbschaft (wenn hierauf im ganzen Verwendungen erfolgt sind, § 2125 A 1) oder der einzelnen von der Verwendung betroffenen Erbschaftsgegenstände kommt. Sein Ersatzanspruch bleibt jedoch bestehen, soweit die Gegenstände etwa durch Zufall untergegangen sind („infolge dieser Beschränkung"). Für Gegenstände, die der Vorerbe, sei es auch schuldvoll (jedoch nicht arglistig Abs 2) für sich verwendet hat, braucht er vermöge der Befreiung von § 2134 nicht aufzukommen.

3. Auch der auf den Überrest eingesetzte Vorerbe ist nicht zu **unentgeltlichen Verfügungen** oder zum Zwecke der Erfüllung eines selbst erteilten Schenkungsversprechens vorgenommenen Verfügungen ermächtigt, § 2113 Abs 2. Ebensowenig kann ihm die Haftung für **Arglist** erlassen werden (§§ 276 Abs 2, 226; ebenso bei der Gütergemeinschaft § 1456).

4. **Schadensersatz** §§ 249ff., 280. Schon vor Eintritt der Erbfolge besteht unter Umständen der Anspruch auf Sicherheitsleistung, § 2128 A 1, auch ist der Schutz durch einstweilige Verfügungen und selbst die Erhebung der Feststellungsklage nicht ausgeschlossen (§ 2113 A 2). Der Schadensersatzanspruch, für dessen Umfang die Zeit des Eintritts der Nacherbfolge maßgebend ist, steht nicht bloß aushilfsweise zu. Soweit der Nacherbe die Unwirksamkeit der unentgeltlichen Verfügung auch gegen den dritten Erwerber geltend machen kann, ist er nicht gehindert, bis zum völligen Ausgleich des Schadens (§ 251) neben- oder nacheinander sowohl gegen den Dritten als gegen den Vorerben vorzugehen.

§ 2139

Mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge[1]) hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an[2]).

E I 1804 Satz 2 II 2011 M 5, 82, 83 P 5, 78.

1. Darüber, wann der **Fall der Nacherbfolge eintritt**, oder die Erbschaft dem Nacherben „anfällt", bestimmt zunächst der Wille des Erblassers (§ 2100), aushilfsweise das Gesetz (Tod des Vorerben, Geburt des Nacherben oder Entstehung der juristischen Person, § 2106). Einsetzung des Nacherben unter einer aufschiebenden Bedingung § 2108 A 3. Vorausgesetzt ist, daß der Nacherbe oder daß doch seine Erben den Eintritt der Nacherbfolge erlebt (§ 2108 A 1) und die Nacherbschaft nicht bereits ausgeschlagen haben (§ 2142).

2. Der **Anfall der Erbschaft** tritt wie im Falle der gewöhnlichen Erbfolge (§§ 1922 A 1, 1942 A 1) unmittelbar kraft des Gesetzes ein, d.h. das Vermögen des Erblassers — nicht des Vorerben — geht nunmehr mit einem Rechtsakt als Ganzes (RG 65, 144) auf den Nacherben über. Er erwirbt damit also, vorbehaltlich des Ausschlagungsrechts, schon vor der Herausgabe (§ 2130 A 1) das Eigentum an den zur Erbschaft gehörigen Sachen,

die damit verbundenen Gläubigerrechte und tritt in die Nachlaßverbindlichkeiten ein (§ 2144). Auch der Besitz geht nach § 857 grundsätzlich ohne weiteres auf den Nacherben über. Soweit jedoch der Vorerbe den Besitz schon tatsächlich ausgeübt hatte, ist hierzu Besitzübertragung durch den Vorerben oder seine Erben erforderlich. Vor Eintritt der Nacherbfolge kann sich der Vorerbe seiner Erbenstellung und damit der Schuldenhaftung (§ 2145) auch nicht durch Rechtsgeschäft mit dem Nacherben zu dessen Gunsten entäußern. Doch ist ihm die schuldrechtliche Veräußerung an den Nacherben durch Erbschaftskauf §§ 2371 ff. oder die dingliche Übertragung seines Nachlaßanteils (§ 2033) nicht verwehrt. — Prozessual bewirkt der Eintritt der Nacherbfolge Unterbrechung des zwischen dem Vorerben und einem Dritten anhängigen Rechtsstreites, ZPO §§ 242, 246. Der Nacherbe kann den Rechtsstreit aufnehmen, ist aber vor der Annahme zur Fortsetzung nicht verpflichtet, ZPO § 239 Abs 5. Wirksamkeit des ergangenen Urteils ZPO §§ 326, 728. Im. Nachlaßkonkurse KO § 231. Anspruch des Nacherben auf Herausgabe des dem Vorerben erteilten Erbscheins § 2363 Abs 2.

§ 2140

Der Vorerbe ist auch nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge zur Verfügung über Nachlaßgegenstände in dem gleichen Umfange wie vorher berechtigt, bis er von dem Eintritte Kenntnis erlangt oder ihn kennen muß. Ein Dritter kann sich auf diese Berechtigung nicht berufen, wenn er bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts den Eintritt kennt oder kennen muß[1]).

KB 317.

1. Die Vorschrift ist dem ehelichen Güterrecht (§§ 1424, 1472, 1497, 1546, 1549), der elterlichen (§ 1682) und vormundschaftlichen Verwaltung (§ 1893) entlehnt. Ähnlich bei der Vollmacht § 169, dem Auftrage § 674, der Gesellschaft § 729. Das **Verfügungsrecht** des gutgläubigen Vorerben (§§ 2112 ff.) bleibt auch **nach Eintritt der Nacherbfolge** zugunsten gutgläubiger Dritter wirksam. Kenntnis erlangen § 1944 A 3, Kennenmüssen § 122. Ist der Vorerbe in bösem Glauben, so ist auch der gutgläubige Erwerber nicht geschützt, es sei denn, daß er sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892 ff.), bezüglich beweglicher Sachen auf § 932 oder auf einen die Vorerbeneigenschaft nicht kennzeichnenden Erbschein (§ 2366) berufen kann. Augenscheinlich hat das Gesetz nicht bloß dingliche Verfügungen im technischen Sinne (§ 2112 A 1), sondern (vgl. Satz 2) auch rechtsgeschäftliche, bloß schuldrechtliche Verpflichtungen im Auge. Dies führt zur entsprechenden Anwendbarkeit auch der zum Schutze des Schuldners getroffenen Bestimmungen der §§ 406—408, 412. Jedoch wird insoweit (mit Planck A 2) überall das Kennenmüssen des Schuldners der Kenntnis gleichzustellen sein.

§ 2141

Ist bei dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge die Geburt eines Nacherben zu erwarten, so finden auf den Unterhaltsanspruch der Mutter die Vorschriften des § 1963 entsprechende Anwendung[1]).

E I 2027 II 2014 M 5, 489, 490 P 5, 618.

1. Ist eine noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt, so ist, strenggenommen, der Fall der Nacherbfolge nicht vor ihrer Geburt eingetreten (§ 2106 Abs 2). Augenscheinlich will aber das Gesetz den **Unterhaltsanspruch der Mutter** schon zulassen, wenn der berufene Nacherbe auch nur als Erzeugter vorhanden ist. Im übrigen vgl. § 1963.

§ 2142

Der Nacherbe kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist[1]).

Schlägt der Nacherbe die Erbschaft aus, so verbleibt sie dem Vorerben, soweit nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat[2]).

E I 1832 II 2012 M 5, 120—123 P 5, 131.

1. § 1946 stellt für die gewöhnliche Erbfolge, bei der „Anfall der Erbschaft" und „Erbfall" immer zeitlich zusammentreffen (§§ 1942 A 2, 1922 A 4), die Regel auf, daß der Erbe die Erbschaft nicht vor dem Anfall (hier gleich Erbfall) annehmen oder ausschlagen könne. Dieser Grundsatz würde für die Nacherbfolge dazu führen, Annahme oder Ausschlagung der Nacherbschaft nicht vor „Eintritt der Nacherbfolge" zuzulassen. Denn erst hiermit vollzieht sich nach § 2139 der Anfall der Erbschaft an den Nacherben. Abs 1 enthält deshalb eine

Durchbrechung dieses Grundsatzes, wenn die **Ausschlagung der Nacherbschaft schon nach Eintritt des Erbfalls** für zulässig erklärt wird. Schon aus der Natur dieser Vorschrift als einer Ausnahmebestimmung folgt, daß sie nicht über ihren klaren Wortlaut hinaus, insbesondere nicht auf die Annahme der Nacherbschaft auszudehnen ist. Eine bereits vor Eintritt der Nacherbfolge vom Nacherben erklärte Annahme der Erbschaft ist hiernach ebenso unwirksam, wie die Annahmeerklärung des gewöhnlichen Erben schon vor Eintritt des Erbfalls (a. M. Planck A 4 und die dort Angezogenen). Selbst wenn man in § 1946 ausgesprochen finden wollte, der Zeitpunkt des eigentlichen Erbfalls, d. h. des Todes des Erblassers solle allgemein, sowohl für die gewöhnliche als für die Nacherbfolge maßgebend sein, so wäre doch Abs 1 sinnlos und überflüssig, wenn er nicht jene Regel für die Fälle der Nacherbfolge auf die hier allein erwähnte Ausschlagung beschränken wollte. Daß die Worte „oder annehmen" versehentlich weggelassen wären, scheint ausgeschlossen. Auch der unter aufschiebender Befristung oder Bedingung (§§ 2105, 2108) oder der erst an zweiter und fernerer Stelle berufene Nacherbe kann sogleich nach dem Erbfall ausschlagen. Die Ausschlagungsfrist beginnt nach § 1944 mit dem Zeitpunkte, zu welchem der Nacherbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt hat, also nicht früher als der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. In dem besonderen Falle des § 2306 ist der Fristbeginn zugunsten des Pflichtteilsberechtigten, der als Nacherbe eingesetzt ist, sogar noch weiter hinausgeschoben (**RG** 59, 341). Für den Fristenlauf bleibt gemäß § 1944 Abs 3 der letzte Wohnsitz des Erblassers, nicht etwa des Vorerben maßgebend. Ob der Nacherbe von dem Rechte der Ausschlagung schon nach Eintritt des Erbfalls Gebrauch machen will, steht bei ihm. Doch kann er durch § 2306 und die ihm drohende dreijährige Verjährung des Pflichtteilsanspruchs (§ 2332) als Pflichtteilsberechtigter genötigt sein, schon vor Eintritt der Nacherbfolge auszuschlagen (**RG** 59, 346). Da ferner **RG** 66, 30 den Beginn der Verjährung nicht von der amtlichen Verkündung der beeinträchtigenden Verfügung abhängig sein läßt, kann der Pflichtteilsberechtigte der Regel des § 1944 Abs 2 zuwider sogar schon vor der Verkündung sich zur Ausschlagung gezwungen sehen.

2. Die Ausschlagung des Nacherben macht die **Nacherbfolge hinfällig**, wie wenn sie nicht angeordnet wäre. Dasselbe gilt, wenn der Nacherbe schon vor dem Erbfall durch Tod (§ 2108 A 2) oder Erbverzicht weggefallen oder wenn er vor Eintritt der Nacherbfolge für erbunwürdig erklärt ist (§ 2340 Abs 2). Unter mehreren Nacherben greift in den Fällen des § 2094 das Anwachsungsrecht Platz. Vertragsmäßiger Verzicht auf die Nacherbschaft zwischen Vor- und Nacherben ist, wiewohl nur schuldrechtlich wirksam. Ein gegenteiliger Wille des Erblassers ist besonders mit der Berufung eines Ersatz-Nacherben erklärt. Sind die Nacherben im Falle des § 2104 durch das Gesetz bestimmt, so rücken im Falle der Ausschlagung der zunächst Berufenen gemäß § 1953 die entfernteren gesetzlichen Erben nach. Erst wenn alle ausgeschlagen haben, greift Abs 1 Platz, da der Fiskus als Nacherbe nicht in Frage kommt. Ist ein bestimmter Nacherbe eingesetzt, aber bereits vor dem Erblasser verstorben, so kommt § 2104 überhaupt nicht in Frage (**RG** JW 07, 259[20]).

§ 2143

Tritt die Nacherbfolge ein, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen[1]).

E I 1833 II 2013 M 5, 107, 123 P 5, 131.

1. Der Vorerbe erlangt mit dem Aufhören seines Erbrechts (§ 2139) seine frühere Rechtsstellung als Gläubiger oder Schuldner des Erblassers gegenüber der nun in der Hand des Nacherben befindlichen Erbschaft und zwar ohne weiteres zurück (§§ 158 Abs 2, 163). Auch die damit verbunden gewesenen Nebenrechte (Pfand, Bürgschaft) leben im vollen Umfange wieder auf. Die Verjährung der in Betracht kommenden Ansprüche ist während der Dauer des Vorerbenverhältnisses nach § 202 Abs 1 gehemmt. Dies gilt auch dann, wenn der Vorerbe dem Nacherben nur einen Bruchteil der Erbschaft herauszugeben hat. Denn die damit entstehende Erbengemeinschaft hat zur Folge, daß sich Erbschaft und eigenes Vermögen des Vorerben nun gesondert gegenüberstehen, § 2032 A 2. Vgl. auch §§ 1976, 1991, 2175, 2377.

§ 2144

Die Vorschriften über die Beschränkung der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten gelten auch für den Nacherben;[1]) an die Stelle des Nachlasses tritt dasjenige, was der Nacherbe aus der Erbschaft erlangt, mit Einschluß der ihm gegen den Vorerben als solchen zustehenden Ansprüche[2]).

Das von dem Vorerben errichtete Inventar kommt auch dem Nacherben zustatten[3]**.**

Der Nacherbe kann sich dem Vorerben gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung auch dann berufen, wenn er den übrigen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet[4]**.**

E I 1836 II 2015 M 5, 126 P 5, 149, 829.

1. **Haftung des Nacherben für die Nachlaßverbindlichkeiten.** Da Vorerbe und Nacherbe beide wahre Erben sind, so haften beide für die Nachlaßverbindlichkeiten. Die Grundsätze über Beschränkung der Haftung des Erben (§§ 1975—1992) leiden daher, soweit nicht §§ 2144, 2145 Abweichendes bestimmen, auf beide unmittelbare Anwendung. Insbesondere ist der Nacherbe berechtigt, auch seinerseits das Aufgebotsverfahren zu beantragen (§ 1970 A 2) und die vom Vorerben daraus bereits erlangten Rechte geltend zu machen (ZPO §§ 998, 997). Die Fünfjahrsfrist des § 1974 beginnt jedoch auch hier mit dem Erbfall. Der Nachlaßkonkurs kann jetzt nicht mehr vom Vorerben, der aufgehört hat Erbe zu sein (KO § 217), aber jederzeit vom Nacherben, von einem Nachlaßgläubiger nur innerhalb zweier Jahre seit Annahme der Erbschaft durch den Nacherben beantragt werden (KO § 220). Befand sich bei Eintritt der Nacherbfolge die Erbschaft unter Nachlaßverwaltung, so dauert sie fort, wenn sie von einem Nachlaßgläubiger beantragt war und die Gründe des § 1981 A 3 auch für den Nacherben zutreffen. Sie ist dagegen aufzuheben, wenn der Nacherbe den seinerzeit vom Vorerben gestellten Antrag zurücknimmt (§ 1988 A 3). Seinerseits kann der Nacherbe die Anordnung der Verwaltung jederzeit auch von neuem (§ 1981 A 1), die Nachlaßgläubiger können sie innerhalb zweier Jahre seit Annahme der Erbschaft durch den Nacherben beantragen (§ 1981 A 4). Bei Geltendmachung der Unzulänglichkeitseinrede (§§ 1990—1992) bleiben die dem Vorerben nur für seine Person oder aus den Nutzungen der Erbschaft auferlegten Beschwerungen ganz außer Betracht. Sie sind im Verhältnis zum Nacherben überhaupt nicht Nachlaßverbindlichkeiten. Ebensowenig gehören hierzu die Kosten der Beerdigung des Vorerben und der seinen Angehörigen gebührende Dreißigste (§§ 1968, 1969), die vielmehr den Erben des Vorerben zur Last fallen. Im übrigen hat der Nacherbe alle Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 1967 und zwar in dem durch etwaige Säumnis oder durch Verschulden des Vorerben gesteigerten Umfange (Zinsen, Vertragsstrafen) vorbehaltlich seines Rückgriffs aus § 2130, 2131 zu vertreten. Beschränkte Wirkung des gegen den Vorerben ergangenen Urteils ZPO § 326.

2. Der Nacherbe haftet nicht mit dem ursprünglichen, sondern **nur mit dem gemäß § 2130 ihm herauszugebenden Nachlasse.** Als aus der Erbschaft erlangt gelten dieser Herausgabeanspruch selbst (s. auch § 2383 A 3) sowie etwaige gegen den Vorerben aus §§ 2130 bis 2134, 2138 Abs 2 zu erhebende Schadensersatzansprüche, gegebenenfalls gekürzt durch die Ersatzansprüche des Vorerben wegen Verwendungen aus §§ 2124, 2125. Nur derartige Ansprüche stehen dem Nacherben gegen den Vorerben „als solchen" zu. Sonstige zwischen beiden bestehende Schuldverhältnisse kommen den Nachlaßgläubigern gegenüber nicht in Betracht.

3. **Das Inventar des Vorerben** kann dem Nacherben in Wahrheit nur dann „zustatten kommen", wenn seine Inventarpflicht mit derjenigen des Vorerben inhaltlich identisch ist. So auch im Falle des § 2008 A 5. Schon hieraus ergibt sich, daß das vom Nacherben zu legende Inventar in Übereinstimmung mit § 2001 die beim Eintritt des Erbfalls vorhandenen Nachlaßgegenstände, nicht das aus der Erbschaft Erlangte (A 2) anzugeben hat (a. M. Planck A 5, b und die dort Angezogenen gegen Strohal ebendas.). Für diese Angaben gewährt das nach § 2121 vom Vorerben mitzuteilende Verzeichnis einen guten Anhalt. Dem berechtigten Interesse der Nachlaßgläubiger, von den seitdem vorgekommenen Änderungen und dem dermaligen Stande des Nachlasses Kenntnis zu erhalten, wird durch die nach §§ 1978 A 2, 1991 A 1 dem Nacherben obliegende Auskunftspflicht genügt. Die Unterlagen hierfür stehen ihm in der vom Vorerben gelegten Rechenschaft (§ 2130 A 3) oder, wenn dieser befreit war, in der von ihm nach § 260 zu erteilenden Auskunft (§ 2138 A 1) zu Gebote. Hat der Vorerbe ordnungsmäßiges Inventar errichtet, so darf dem Nacherben die Inventarfrist aus § 1994 überhaupt nicht bestimmt werden. Nur die neue Inventarfrist aus § 2005 Abs 2 könnte in Frage kommen, sie kann aber damit allein, daß sich der Bestand der Erbschaft seit dem Erbfall verändert habe, nicht begründet werden. Hatte der Vorerbe durch ungetreue Inventarerrichtung nach § 2005 Abs 1 die Haftungsbeschränkung verwirkt, so kann das nicht einmal dem Vorerben nützende Inventar auch dem Nacherben nicht „zustatten kommen". Da der Nacherbe nicht wissen kann, ob nicht das Inventar des Vorerben an dem Mangel des § 2005 Abs 1 leidet und deshalb für ihn nutzlos ist, so gebietet die Vorsicht, sich nicht auf das Inventar des Vorerben zu verlassen, vielmehr eigenes Inventar zu errichten oder sich mindestens auf das Inventar des Vorerben zu berufen, und damit, sofern er gut-

gläubig ist, der Inventarpflicht gemäß § 2004 zu genügen. Hatte der Vorerbe überhaupt kein Inventar gelegt, so ist die selbständige Inventarpflicht des Nacherben aus § 1994 begründet.

4. Auch die dem **Vorerben gegenüber dem Nacherben** aus §§ 2124 Abs 2 bis 2126, 2121 Abs 4 zustehenden Ersatzansprüche sind Nachlaßverbindlichkeiten. Ebenso die gemäß § 2143 wieder aufgelebten Forderungen des Vorerben gegen den Nachlaß. Insoweit kann der Nacherbe, gleich dem Miterben, der beschränkten Haftung niemals verloren gehen. Immerhin hat er sie besonders geltend zu machen und den Vorbehalt im Urteil nach ZPO § 780 zu erwirken (§ 2063 A 2).

§ 2145

Der Vorerbe haftet nach dem Eintritte der Nacherbfolge für die Nachlaßverbindlichkeiten noch insoweit, als der Nacherbe nicht haftet[1]). Die Haftung bleibt auch für diejenigen Nachlaßverbindlichkeiten bestehen, welche im Verhältnisse zwischen dem Vorerben und dem Nacherben dem Vorerben zur Last fallen[2]).

Der Vorerbe kann nach dem Eintritte der Nacherbfolge die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten, sofern nicht seine Haftung unbeschränkt ist, insoweit verweigern, als dasjenige nicht ausreicht, was ihm von der Erbschaft gebührt[3]). Die Vorschriften der §§ 1990, 1991 finden entsprechende Anwendung[4]).

E I 1837 Abs 1 II 2016 M 5, 126, 127 P 5, 149, 150, 829.

1. Die **Haftung des Vorerben** ist mit dem Aufhören seiner Vorerbeneigenschaft (§ 2139) grundsätzlich erloschen. Er verliert damit bezüglich der gegen den Nachlaß zu erhebenden Ansprüche die Passivlegitimation und kann deren Nichtmehrvorhandensein noch im Zwangsvollstreckungsverfahren geltend machen (ZPO §§ 767, 769). Die Haftung bleibt ausnahmsweise auf ihm liegen, soweit sie nicht gemäß § 2144 auf den Nacherben übergegangen ist. Daß und inwieweit der Nacherbe nicht haftet, ist von dem gegen den Vorerben klagenden Gläubiger zu beweisen. Der Nacherbe haftet nicht a) für Eigenverbindlichkeiten des Vorerben, für die dieser von vornherein nur mit seinem Vermögen haftet. So insbesondere die Ansprüche wegen Verletzung der Verwaltungspflicht nach § 1978 (A 4). Ferner die dem Nacherben aus Verschulden des Vorerben (§§ 2131, 2134, 2138) entstandenen Ansprüche. Endlich rechtsgeschäftliche Verpflichtungen, die der Vorerbe, wenn auch in Beziehung auf den Nachlaß, so doch als persönlicher Schuldner eingegangen ist (§ 1967 A 3), ohne daß der Nachlaß auch nur mit der Verpflichtung, ihn hiervon zu befreien, belastet wäre (so z. B. aus Rechtsgeschäften zu Zwecken der gewöhnlichen Erhaltung § 2124 Abs 1, Beglaubigungskosten § 2120, Sachverständigenkosten § 2122). Die Haftung des Nacherben kann b) ausgeschlossen sein, weil der Nacherbe nur beschränkt haftet und der Nachlaßgläubiger infolge der Erschöpfung des Nachlasses in der Hand des Nacherben ganz oder teilweise leer ausgeht. „Insoweit" dies der Fall ist, kann der Vorerbe auch nach vollständiger Herausgabe des Nachlasses mit dem Betrage der hiervon gezogenen Nutzungen (§ 2111 A 3) haftbar gemacht werden (A 3). Haftete der Vorerbe selbst unbeschränkt, so erstreckt sich seine Haftung, ohne daß hieran durch den Eintritt der Nacherbfolge etwas geändert würde, nach wie vor auf die ganze betreffende Nachlaßschuld, also ohne Rücksicht darauf, wieviel davon aus der Erbschaft in der Hand des Nacherben beizutreiben wäre. Sie mindert sich nur um dasjenige, was tatsächlich vom Nacherben erlangt ist. Ganz dasselbe hat aber auch dann zu gelten, wenn außer dem Vorerben auch der Nacherbe unbeschränkt haftbar geworden ist, soweit nicht die Ausnahmevorschrift des § 2144 (A 4) Platz greift. So unter näherer Begründung Planck A 3, a. M. Dernburg V § 60, IV, a, Staudinger II, 4. c) Endlich kommt eine Haftung des Nacherben von vornherein nicht in Frage, soweit es sich um letztwillige Beschwerungen lediglich des Vorerben handelt (§ 2144 A 1).

2. Es muß sich auch hierbei um Nachlaßverbindlichkeiten handeln. Eigenverbindlichkeiten des Vorerben im Sinne von A 1, a kommen von vornherein für den Nacherben nicht in Frage. **Im Verhältnisse zwischen Vorerben und Nacherben** hat der Vorerbe allein, als Gegensatz für die ihm gebührenden Nutzungen, für Zinsen, Lasten als gewöhnliche Erhaltungskosten aufzukommen (§ 2124 A 1). Sie können aber, soweit sie rückständig gelassen sind, auch vom Nacherben, je nachdem unter seiner beschränkten oder unbeschränkten Haftung beigetrieben werden. Die Vorschrift ergibt, daß sich die betreffenden Nachlaßgläubiger deshalb auch nach Eintritt der Nacherbfolge unmittelbar an den Vorerben halten dürfen. Hat der Nacherbe geleistet, so bleibt sein Erstattungsanspruch an den Vorerben unberührt.

3. Der **Vorerbe** hat nach Eintritt der Nacherbfolge den Nachlaß an den Nacherben herauszugeben und kann deshalb, soweit er für Nachlaßverbindlichkeiten noch in Anspruch genommen werden darf, seine **Haftungsbeschränkung** nicht mehr dadurch geltend machen, daß er die Gläubiger auf den Nachlaß und damit auf den Nacherben verweist. Statt dessen haftet er mit dem, was ihm von der Erbschaft gebührt. Dies sind vor allem die von der Erbschaft gezogenen und die etwa noch vorhandenen Nutzungen (§ 2111) und im Falle der befreiten Vorerbschaft Verwendungen, die er aus der Erbschaft seinem eigenen Vermögen zugeführt hat (§ 2134).

4. Bei **Geltendmachung der beschränkten Haftung** ist der Vorerbe, da für ihn Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung nicht mehr in Frage kommen (§ 2144 A 1), ohne Rücksicht auf den Umfang des Nachlasses auf die Unzulänglichkeitseinrede der §§ 1990, 1991 beschränkt. Die Bezugnahme auf § 1991 und damit §§ 1978, 1979 ergibt zugleich, daß der Vorerbe, selbst der befreite Vorerbe auch insoweit für die Nachlaßverbindlichkeiten und zwar aus eigenem Vermögen aufzukommen hat, als er für ordnungswidrige Verwaltung, insbesondere für Verschleuderung des Nachlasses verantwortlich geworden ist (§ 1978 A 2). Diese Ansprüche werden zugunsten der Gläubiger als ein noch bei dem Vorerben vorhandenes Aktivum des Nachlasses behandelt (ib. A 4). Damit identische Ansprüche können unter den Gesichtspunkten der §§ 2130—2134, 2138 Abs 2 auch dem Nacherben gegen den Vorerben zustehen und insofern auch Bestandteile des in der Hand des Nacherben befindlichen Nachlasses bilden. Die Nachlaßgläubiger sind aber nicht genötigt, sich auf dem Umwege der Pfändung beim Nacherben an diese Ansprüche zu halten, sondern können sich, soweit ihnen der Vorerbe überhaupt haftet und bis zum Belaufe dieser Haftung, auch unmittelbar an seinem Vermögen erholen. Auch der Vorerbe hat sich die Geltendmachung der beschränkten Haftung gemäß ZPO § 780 zu sichern, wenn er den Nachweis seiner Befreiung nicht schon im Prozesse führen will. — Haftung des Vorerben für die Verbindlichkeiten eines von ihm fortgeführten Handelsgeschäfts HGB § 27.

§ 2146

Der Vorerbe ist den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet, den Eintritt der Nacherbfolge unverzüglich dem Nachlaßgericht anzuzeigen. Die Anzeige des Vorerben wird durch die Anzeige des Nacherben ersetzt[1]).

Das Nachlaßgericht hat die Einsicht der Anzeige jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht[2]).

E II 2017 P 5, 149, 150.

1. Die **Anzeigepflicht** ist dem Vorerben, nach seinem Tode seinen Erben auferlegt. Verstoß hiergegen macht ihn den Nachlaßgläubigern schadenersatzpflichtig. Unverzüglich § 121. Nachlaßgericht FFG §§ 72, 73, EG Art 147.

2. Das Nachlaßgericht ist nicht wie in § 1953 Abs 3 zur Mitteilung an die Interessenten verpflichtet. Zu diesen gehören die Nachlaßgläubiger, aber mit Rücksicht auf §§ 2111, 2129 auch die Nachlaßschuldner und Dritte (§ 2140). Ähnliche Vorschriften § 2010 A 1 und Zit.

Vierter Titel

Vermächtnis

§ 2147

Mit einem Vermächtnisse[1]) kann der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer beschwert werden[2]). Soweit nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat, ist der Erbe beschwert[3]).

E I 1756 Abs 2, 1842 II 2018 M 5, 10, 136, 137 P 5, 6, 160, 161.

Entsprechend anwendbar auf die Auflage § 2192.

1. **Die Anordnung des Vermächtnisses** (Begriff § 1939) kann nur durch Testament oder Erbvertrag erfolgen. Im Erbvertrage sowohl durch vertragsmäßige Verfügung, die sich auch auf das Vermächtnis beschränken kann, Vermächtnisvertrag (§ 2278), als durch einseitige Verfügung (§ 2299). Auch die nicht sogleich vollzogene Schenkung von Todes wegen wird als Vermächtnis behandelt, § 2301.

2. Der **Beschwerte** ist Schuldner, der Bedachte Gläubiger in dem durch das Vermächtnis begründeten Schuldverhältnis, § 2174. Es entsteht hiermit eine Nachlaßverbindlich-

keit, § 1967 A 4. Nur der Erbe oder der Vermächtnisnehmer können beschwert werden. Der **Erbe**, gleichviel ob gewöhnlicher, gesetzlicher oder gewillkürter, Testaments- oder Vertragserbe (s. jedoch § 2289 Abs 1), Ersatzerbe, Vor- oder Nacherbe — jeder für seine Person oder schlechthin die Erbschaft —, so daß der das Vermächtnis zahlende Vorerbe dieserhalb dem Nacherben einen Abzug machen kann. Nicht dagegen der Erbeserbe, obschon er in die Lage kommen kann, ein erst beim Tode des Erben fällig gewordenes Vermächtnis aus der ihm angefallenen Erbschaft zu entrichten. Beschwerung des als Erbe berufenen Pflichtteilsberechtigten § 2306. Ist der **Vermächtnisnehmer** selbst wiederum mit einem Vermächtnis beschwert (§§ 2186—2188), so spricht man von einem Untervermächtnis. Nachvermächtnis § 2191, sogen. gesetzliche Vermächtnisse § 1939 A 5. Der von Todes wegen Beschenkte kann nur soweit er als Vermächtnisnehmer zu gelten hat, mit einem Vermächtnis beschwert werden, also nicht auch der Empfänger einer bereits vollzogenen, wenn auch unter Vorbehalt des Widerrufs erklärten Schenkung (§ 2301). Danach kann mit einem Vermächtnis nicht beschwert werden, wer nur mittelbar aus der Erbschaft etwas erlangt. So der Empfänger einer Leistung, die conditionis implendae causa bewirkt ist (§ 1939 A 4), oder der Ehemann oder Gewalthaber, dem die Nutznießung an den der Frau oder den Gewaltunterworfenen gemachten Zuwendungen zusteht. Im Falle des § 331 kann der Versprechensempfänger die für den Dritten ausbedungene Leistung zwar vertragsmäßig von anderweiten erst durch den Dritten zu erfüllenden Leistungen abhängig machen. Dies kann nach § 332 auf Grund vertragsmäßigen Vorbehalts auch einseitig in einer Verfügung von Todes wegen geschehen. Eine eigentliche Beschwerung des Dritten mit einem Vermächtnis ist aber hierbei nicht in Frage.

3. Der **Erbe** ist **beschwert** kraft verfügender, den Willen des Erblassers ergänzender Bestimmung. Der abweichende Wille braucht jedoch nicht ausdrücklich erklärt zu sein. Das Vermächtnis bleibt regelmäßig auch nach Wegfall des Beschwerten wirksam, § 2161.

§ 2148

Sind mehrere Erben oder mehrere Vermächtnisnehmer mit demselben Vermächtnisse beschwert, so sind im Zweifel die Erben nach dem Verhältnisse der Erbteile, die Vermächtnisnehmer nach dem Verhältnisse des Wertes der Vermächtnisse beschwert[1]).

E I 1843 II 2019 M 5, 137 P 5, 161.

Entsprechend anwendbar auf die Auflage § 2192.

1. Gegenüber der gesetzlichen Auslegungsregel steht der Nachweis offen, daß der Erblasser insbesondere mit Rücksicht auf die Art der Vermächtnisleistung und die persönlichen Verhältnisse der **mehreren Beschwerten** eine andere Verteilung gewollt habe. Ob er bei der Anordnung die mehreren Beschwerten namentlich oder nur in ihrer Erben- ꝛc. Eigenschaft bezeichnet hat, macht keinen Unterschied. Die mehreren Erben sind, wenn sie sämtlich beschwert sind, dem Bedachten gegenüber Gesamtschuldner, §§ 2058 ff. Die Erbteile sind nur im Verhältnisse der Miterben zueinander maßgebend (§ 426). Sind nur einige von mehreren Miterben (§ 2046 Abs 2) oder sind mehrere Vermächtnisnehmer beschwert, so sind sie im Zweifel (aber §§ 421, 431) dem Bedachten von vornherein nur anteilig verpflichtet (§ 420). Für Ermittelung des Wertes der Vermächtnisse ist die Zeit des Erbfalls, event. unter Berücksichtigung der Zwischenzinsen (§§ 272, 813 Abs 2) maßgebend. Die alternative Beschwerung (A oder B soll zahlen) wird in der Regel als Auferlegung eines gesamtschuldnerischen Vermächtnisses aufzufassen sein (§ 421).

§ 2149

Hat der Erblasser bestimmt, daß dem eingesetzten Erben ein Erbschaftsgegenstand nicht zufallen soll, so gilt der Gegenstand als den gesetzlichen Erben vermacht[1]). Der Fiskus gehört nicht zu den gesetzlichen Erben im Sinne dieser Vorschrift[2]).

E I 1791 II 2020 M 5, 64 P 5, 74, 79, 80.

1. Der nur verneinend ausgedrückte Wille des Erblassers wird zu einer **Zuwendung an die gesetzlichen Erben** (§§ 1924 ff.), und zwar nach Verhältnis ihrer Erbteile ergänzt. Ähnlich, wenn es sich um unvollständige Vergebung des Nachlasses (§ 2088) oder um die unterbliebene Bezeichnung der Nach- oder Vorerben handelt (§§ 2104, 2105). Die so gefaßte Bestimmung ist unwirksam, wenn die gesetzlichen Erben selbst eingesetzt sind (§ 2066). — Ein Verbot des Erblassers, über einen Nachlaßgegenstand unter Lebenden oder von Todes wegen zu verfügen, ist regelmäßig unwirksam, wenn es nicht als Nachvermächtnis aus §§ 2191 2338 aufrecht zu erhalten ist. Ebensowenig steht es in der Macht des

Erblassers, eine Zuwendung an den Bedachten dem Zugriff der Gläubiger des Bedachten zu entziehen, wenn der Bedachte nicht zugleich selbst in der Verfügung wirksam beschränkt ist.

2. Ausschluß des Fiskus (§ 1936) wie bei der Nacherbfolge § 2104 a. E. Im Mangel gesetzlicher Erben verbleibt mithin der ausgenommene Gegenstand dem eingesetzten Erben.

§ 2150

Das einem Erben zugewendete Vermächtnis (Vorausvermächtnis) gilt als Vermächtnis auch insoweit, als der Erbe selbst beschwert ist[1]).

E I 1845 Abs 1, 2 II 2021 M 5, 139, 140 P 5, 162, 163.

1. Vorausvermächtnis (Prälegat). Handelt es sich um einen Alleinerben, so ist die Anordnung, er solle einen Erbschaftsgegenstand im voraus als Vermächtnis erhalten, an sich sinnlos. Sie wird gleichwohl als wirksam behandelt, insofern sie dem Erben in der Eigenschaft als Vermächtnisnehmer eine günstigere Stellung gewährt. So hat die Unwirksamkeit der Erbeinsetzung regelmäßig nicht auch die Unwirksamkeit des Vermächtnisses zur Folge, § 2085. Schlägt er die Erbschaft aus, so kann er doch das Vermächtnis annehmen, wenn er nicht unter der Bedingung der Annahme als Erbe eingesetzt ist. Im Falle der Nacherbfolge verbleibt das Vorausvermächtnis dem Vorerben, § 2110, beim Erbschaftskaufe gilt es als nicht mitverkauft, § 2373. In allen Fällen, wo auch sonst die durch Vereinigung von Rechten und Verbindlichkeiten erlöschenden Rechtsverhältnisse nicht erlöschen, kann der Bedachte seine Rechtsstellung als Nachlaßgläubiger (§ 1967) unbeschränkt geltend machen. So im Falle der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses (§§ 1976, 1984; KO § 226 Nr 5), der Unzulänglichkeitseinrede (§ 1991 Abs 2), beim Erbschaftskauf (§ 2377). Ebenso gegen den Testamentsvollstrecker (§ 2213). Dies tritt besonders hervor, wenn einer von mehreren Erben im voraus bedacht und zugleich selbst mit beschwert ist. Er kann seine Vermächtnisforderung, wiewohl unter den besonderen hierfür aus §§ 1973 A 4, 5, 1974 A 7, 1991 A 4, 1992 A 3 sich ergebenden Beschränkungen und neben etwaigen sonstigen Vermächtnisnehmern (KO § 226) gemäß §§ 2058 ff. gegen die Miterben als Gesamtschuldner geltend machen, bleibt aber wie jeder andere Miterbengläubiger, darauf gewiesen, seine Befriedigung zunächst bei der Auseinandersetzung zu suchen (§ 2046 A 1). Ist mehreren Miterben dasselbe Vorausvermächtnis vermacht, so gelten sie nach §§ 2157, 2091 im Zweifel nicht als nach Verhältnis ihrer Erbteile, sondern nach gleichen Teilen bedacht. Anrechnung des Vorausvermächtnisses auf den Pflichtteil § 2307. Ist der mit dem Vermächtnis bedachte Miterbe selbst nicht mit beschwert, ist es vielmehr lediglich den andern Miterben auferlegt, so gelten die allgemeinen Grundsätze (§ 2046 A 3). So namentlich auch dann, wenn sich hinter einer Teilungsanordnung eine Bevorzugung des einen Erben auf Kosten der übrigen Erben verbirgt und in Wahrheit damit ein Vermächtnis gewollt ist (vgl. § 2048 A 1).

§ 2151

Der Erblasser kann mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den mehreren das Vermächtnis erhalten soll.[1])

Die Bestimmung des Beschwerten erfolgt durch Erklärung gegenüber demjenigen, welcher das Vermächtnis erhalten soll; die Bestimmung des Dritten erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten[2]).

Kann der Beschwerte oder der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so sind die Bedachten Gesamtgläubiger[3]). Das Gleiche gilt, wenn das Nachlaßgericht dem Beschwerten oder dem Dritten auf Antrag eines der Beteiligten eine Frist zur Abgabe der Erklärung bestimmt hat und die Frist verstrichen ist, sofern nicht vorher die Erklärung erfolgt[4]). Der Bedachte, der das Vermächtnis erhält, ist im Zweifel nicht zur Teilung verpflichtet[3])[5]).

E I 1770 Satz 2, 1769 Abs 2 II 2022 M 5, 33—36 P 5, 23—30, 42, 43.

1. Mehrere Bedachte. Abweichung von dem Grundsatze des § 2065 Abs 2, wonach der Erblasser die Bestimmung einer Person, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem andern überlassen darf. Vorausgesetzt ist, daß der Kreis der mehreren — mindestens zwei — Personen, unter denen zu wählen ist, vom Erblasser wenigstens soweit umgrenzt ist, daß es nicht an einem Anhalt für Bestimmung des Bedachten fehlt. Wo die Grenze liegt, ist Tatfrage (vgl. auch § 2193 A 1).

2. Die **Auswahl kann dem Beschwerten** (§ 2147) **oder einem Dritten,** insbesondere dem Testamentsvollstrecker, auch mehreren Personen gemeinsam übertragen sein. Sie sind

in ihrer Entscheidung nicht, auch nicht, wie in den Fällen der §§ 2155 Abs 3, 2156 oder § 319 durch Verweisung auf Billigkeit beschränkt. Ihre Bestimmung ist deshalb, selbst wenn der Erblasser für die Auswahl gewisse Weisungen erteilt hätte und hiergegen verstoßen wäre, jeder Anfechtung entzogen (a. M. Dernburg § 67, III, c), es müßte denn arglistig verfahren sein. Die Bestimmung ist einem andern gegenüber abzugebende Willenserklärung und unwiderruflich (§§ 130—132). Ist sie mehreren übertragen, so gilt § 317 Abs 2, bei mehreren Testamentsvollstreckern § 2224.

3. **Die Bedachten sind Gesamtgläubiger** §§ 428 ff. abweichend von § 2157, wonach die mehreren regelmäßig nach Bruchteilen bedacht sind. Der Schlußsatz des § 2151 schließt die aus § 430 folgende Verpflichtung eines Berechtigten aus, das ausgezahlte Vermächtnis den Mitberechtigten anteilig zukommen zu lassen. Vielmehr sichert ihm der erste Zugriff das ganze Vermächtnis. Anderseits kann der Beschwerte gemäß § 428 nach seinem Belieben an jeden Berechtigten leisten. Gegenüber einer mehrfachen Verurteilung ist er durch ZPO § 767 mit dem Nachweise geschützt, daß er inzwischen die Bestimmung getroffen oder geleistet habe.

4. Im Falle der **Verzögerung durch die Wahlberechtigten** steht den möglichen Bedachten kein Klagerecht zu, vielmehr setzt auf ihren Antrag das Nachlaßgericht Frist nach FGG § 80. Als Beteiligter kommt, wenn die Bestimmung einem Dritten übertragen ist, auch der Beschwerte in Betracht. Die sofortige Beschwerde des § 80 kann rügen, daß der Aufgeforderte überhaupt nicht zur Erklärung verpflichtet sei oder daß er sich bereits erklärt habe oder sie kann die Art der Fristsetzung betreffen. Gegen Ablehnung der Verfügung einfache Beschwerde nach FGG §§ 19 ff. Hat der Dritte die Frist verstreichen lassen, so kann der Beschwerte nach seinem Belieben leisten (A 3). Eine nach Fristablauf, sei es auch vor der Leistung abgegebene Erklärung des Dritten bindet ihn nicht.

5. **Beweislast.** Wer das Vermächtnis fordert, hat zu beweisen, daß er als Berechtigter bestimmt ist. Klagt er als Gesamtgläubiger, so hat er zu beweisen, daß die Bestimmung (z. B. wegen Todes oder Geschäftsunfähigkeit des hierzu Berufenen) nicht erfolgen kann oder daß die Frist bestimmt und verstrichen ist. Der Beschwerte kann einwenden, daß die Frist gewahrt sei, oder, wenn er selbst wahlberechtigt ist, jetzt noch die Wahl treffen (Kosten ZPO § 93)

§ 2152

Hat der Erblasser mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedacht, daß nur der eine oder der andere das Vermächtnis erhalten soll, so ist anzunehmen, daß der Beschwerte bestimmen soll, wer von ihnen das Vermächtnis erhält[1]).

E I 1769 Abs 2 II 2023 M 5, 34 P 5, 23—26, 42, 43.

1. Sind (zwei oder) **mehrere alternativ bedacht,** so ergänzt das Gesetz in Übereinstimmung mit § 262 den Willen des Erblassers dahin, daß die Bestimmung gemäß § 2151 Abs 2, 3 durch den Beschwerten erfolgen soll. — Alternative Beschwerung § 2148 a. E.

§ 2153

Der Erblasser kann mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, was jeder von dem vermachten Gegenstand erhalten soll. Die Bestimmung erfolgt nach § 2151 Abs. 2[1]).

Kann der Beschwerte oder der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so sind die Bedachten zu gleichen Teilen berechtigt. Die Vorschrift des § 2151 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung[2]).

E I 1777 Satz 2 II 2024 M 5, 41, 42 P 5, 39—42.

1. Abweichend von dem Grundsatze des § 2065 Abs 2 läßt das Gesetz zu, die **Bestimmung der Anteile an einem vermachten Gegenstand** (Summen, Sachen, Rechte § 90) einem andern zu überlassen. Die Anteile können körperlich, oder, so bei unteilbaren Sachen (Landgut) nach ideellen Bruchteilen bestimmt werden. Nach § 2151 Abs 2 erklärt der Beschwerte die Bestimmung gegenüber dem, der das Vermächtnis erhalten soll, der Dritte gegenüber dem Beschwerten. Der Bestimmungsberechtigte kann nach dem Willen des Erblassers auch als ermächtigt gelten, ungleich zu teilen, sogar einen der Bedachten ganz zu übergehen. Die Bestimmung braucht nicht gleichzeitig, sie kann aber, weil einen Teilungsausspruch enthaltend, nur einheitlich in dem Sinne erfolgen, daß sie für die Beteiligten erst dann verbindlich wird, wenn die völlige Aufteilung des Gegenstandes durchgeführt ist (a. M. Strohal I § 29

A 24; Dernburg V § 67 A 6). Verzögerungen wird durch Fristsetzung nach § 2151 Abs 3 Satz 2 abgeholfen. Ist die vollzogene Aufteilung in sich widerspruchsvoll, sind z. B. mehr Teile vergeben als das Ganze hergibt, so ist sie im vollen Umfange nichtig. Nach Abs 2 Satz 1 sind dann die Bedachten nach gleichen Teilen berechtigt.

2. Die einmal vollzogene **Verteilung** ist für den Bestimmenden unwiderruflich und für die Bedachten, außer im Falle der Arglist unanfechtbar (§ 2151 A 2). Kommt es nicht zur Verteilung, so werden die mehreren Bedachten abweichend von § 2151 A 3 nicht als Gesamtgläubiger, sondern als Bruchteilsgläubiger zu gleichen Teilen auf den Gegenstand des Vermächtnisses berechtigt. § 2151 Abs 3 Satz 2 behandelt die Fristsetzung durch das Nachlaßgericht. Die §§ 2151 und 2153 können verbunden anwendbar werden, wenn der Erblasser dem Beschwerten oder einem Dritten sowohl die Bestimmung der mehreren zu bedenkenden Personen, als auch der ihnen zuzuwendenden Vermächtnisanteile überlassen hat. Kommt es in diesem Falle nicht zur Bestimmung, so kann jeder der Bedachten den Gegenstand als Gesamtgläubiger fordern (§ 2151 A 3), muß aber jedem Mitbedachten den ihm gebührenden gleichen Anteil zukommen lassen.

§ 2154

Der Erblasser kann ein Vermächtnis in der Art anordnen, daß der Bedachte von mehreren Gegenständen nur den einen oder den andern erhalten soll[1]). Ist in einem solchen Falle die Wahl einem Dritten übertragen, so erfolgt sie durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten[2]).

Kann der Dritte die Wahl nicht treffen, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über. Die Vorschrift des § 2151 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung[3]).

E I 1862 II 2025 M 5, 170—172 P 5, 193—196.

Entsprechend anwendbar auf die Auflage § 2192.

1. **Wahlvermächtnis.** Gleichgültig ist, ob die mehreren Gegenstände individuell oder nur der Gattung nach (§ 2155) bestimmt sind, ob sie bereits zur Erbschaft gehören oder dem Bedachten erst noch zu verschaffen sind (§§ 2169, 2170). Die Voraussetzung des Gesetzes ist auch gegeben, wenn der Erblasser das Vermächtnis in einer Weise bezeichnet hat, die auf mehrere in der Erbschaft vorhandene Gegenstände zutrifft. Dagegen handelt es sich um ein bedingtes Vermächtnis, wenn die Bestimmung des Gegenstandes von einem Ereignis abhängig gemacht ist (Losziehung, das gewinnende Pferd).

2. Für das durch das Wahlvermächtnis entstehende **alternative Schuldverhältnis** (§ 2174) gelten, soweit nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt, die Vorschriften der §§ 262—265. Danach steht die Wahl im Zweifel dem Beschwerten zu. Sie kann auch dem Bedachten oder einem Dritten übertragen sein. Erklärung des Dritten gegenüber dem Beschwerten wie § 2151 A 2.

3. Wird die **Wahl durch den Dritten unmöglich**, so wird die Regel des § 262, Wahlrecht des Schuldners wiederhergestellt. Wird sie **verzögert**, so greift die Fristsetzung durch das Nachlaßgericht (§ 2151 A 4), nach verstrichener Frist wiederum das Wahlrecht des Beschwerten ein. Wird die Wahl durch den Beschwerten oder den Bedachten verzögert, so findet § 264 Anwendung. Sind hüben oder drüben mehrere Wahlberechtigte vorhanden, so können sie regelmäßig (§ 747, bei beschwerten Miterben auch § 2040 Abs 1) die Wahl nur gemeinschaftlich vornehmen. Ist in verschiedenen letztwilligen Verfügungen das Wahlrecht nacheinander verschiedenen Personen übertragen, ohne daß die jüngere die ältere Verfügung aufhebt, so sind alle wahlberechtigt und die zuerst ausgeübte Wahl entscheidet. Die Pflicht zur Vorzeigung der für die Wahl in Betracht kommenden Gegenstände liegt dem Beschwerten nach §§ 242, 809 ob.

§ 2155

Hat der Erblasser die vermachte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so ist eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten[1]).

Ist die Bestimmung der Sache dem Bedachten oder einem Dritten übertragen, so finden die nach § 2154 für die Wahl des Dritten geltenden Vorschriften Anwendung[2]).

Entspricht die von dem Bedachten oder dem Dritten getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht, so hat der Beschwerte so zu

leisten, wie wenn der Erblasser über die Bestimmung der Sache keine Anordnung getroffen hätte[3])[4]).

E I 1863 II 2026 M 5, 173, 174 P 5, 193—201.

Entsprechend anwendbar auf die Auflage § 2192.

1. Gattungsvermächtnis. Die vermachte (körperliche) Sache kann schlechthin nur der Gattung nach bestimmt (§ 243), das Vermächtnis kann aber auch auf eine im Nachlaß vorhandene Gattungssache beschränkt sein (gemischtes Gattungsvermächtnis). Im letzteren Falle kann es sich auch um ein Wahlvermächtnis nach § 2154 handeln. Die individuelle Sachleistung bestimmt sich nach den Verhältnissen (nicht den Bedürfnissen) des Bedachten. Ist z. B. dem X und dem Z je ein Pferd vermacht und sind im Nachlasse ein Reit- und ein Wagenpferd vorhanden, so gebührt dem Kavalleristen X das Reitpferd, dem lahmen Z das Wagenpferd. Wenn dieser Maßstab versagt, hat der Beschwerte nach § 243 Sachen von mittlerer Art und Güte zu leisten.

2. Die **Bestimmung der Sache** liegt nach § 243 grundsätzlich dem Beschwerten ob. Ist sie dem **Bedachten oder einem Dritten übertragen,** so hat sich der Bestimmungsberechtigte nach § 2154, gegebenenfalls nachdem ihm auf Antrag des Beschwerten gemäß § 2151 A 4 Frist gesetzt ist, gegenüber dem Beschwerten zu erklären. Im Falle der Unmöglichkeit einer Erklärung oder des Verstreichens der Frist fällt das Bestimmungsrecht an den Beschwerten zurück.

3. Offenbare Unbilligkeit. Auch für die vom Bedachten oder dem Dritten zu treffende Bestimmung sind nach Abs 1 die Verhältnisse des Bedachten maßgebend. Die von ihnen getroffene Bestimmung ist zwar unwiderruflich, aber abweichend von §§ 2151 A 2, 2153 A 2, 2154 A 2 nicht unanfechtbar. Offenbare Unbilligkeit der getroffenen Bestimmung (§ 319 A 1, vgl. auch §§ 2048, 2217), gemessen wiederum an den Verhältnissen des Bedachten, hat vielmehr den Rückfall des Bestimmungsrechtes an den Beschwerten zur Folge (der mit einem Pferde bedachte Gutsverwalter wählt aus dem auch mit Gebrauchspferden besetzten Stalle das teuerste Rennpferd). Gewährleistungspflicht §§ 2182 Abs 1, 2183.

4. Beweislast. Der Bedachte hat zu beweisen, daß die von ihm beanspruchte Sache seinen Verhältnissen entspricht oder nach Abs 2 vom Dritten bestimmt ist. Will der Beschwerte hiervon abweichen, so hat er die offenbare Unbilligkeit der getroffenen Bestimmung zu beweisen.

§ 2156

Der Erblasser kann bei der Anordnung eines Vermächtnisses, dessen Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen[1]). Auf ein solches Vermächtnis finden die Vorschriften der §§ 315 bis 319 entsprechende Anwendung[2]).

E I 1777 Satz 1 II 2037 M 5, 41 P 5, 39, 43.

Entsprechend anwendbar auf die Auflage § 2192.

1. Zweckbestimmung. Vorausgesetzt ist, daß die Person des Bedachten bestimmt oder doch nach §§ 2151, 2152 bestimmbar ist (weitergehend bei Auflagen § 2193), daß aber der Gegenstand der Leistung nur aus dem angegebenen Zwecke ermittelt werden kann. Inwieweit diese Zweckangabe ausreicht, ist Tatfrage (Vermächtnis an X zur Bestreitung seiner Studienkosten, zu einer Reise nach Indien).

2. Billiges Ermessen des Beschwerten § 315, eines Dritten §§ 317, 319. Bei Wegfall des Dritten kann die Billigkeit schlechthin entscheidend sein (RG JW 01, 856[48]). Bestimmung von seiten des Beschwerten gegenüber dem Bedachten (§ 315 Abs 2), von seiten des Dritten gegenüber dem Beschwerten oder dem Bedachten (§ 318 Abs 1). Anfechtung der Bestimmung § 318 Abs 2, offenbare Unbilligkeit, Unmöglichkeit oder Verzögerung der Bestimmung durch den Dritten § 319 Abs 1 (Abs 2 kommt nicht in Frage).

§ 2157

Ist mehreren derselbe Gegenstand vermacht, so finden die Vorschriften der §§ 2089 bis 2093 entsprechende Anwendung[1]).

E I 1846 II 2028 M 5, 140, 141 P 5, 163.

1. Gemeinschaftliches Vermächtnis. Derselbe Gegenstand kann den mehreren in derselben oder in mehreren nacheinander errichteten Verfügungen (s. jedoch § 2258) vermacht sein. Nach den für die Einsetzung mehrerer Erben geltenden Vorschriften sind die mehreren Vermächtnisnehmer, soweit sich nicht aus §§ 2066, 2069 (gesetzliche Erben, Abkömmlinge) ein anderes ergibt, zu gleichen Teilen bedacht (§§ 2091, 2093). Es entsteht mithin unter ihnen

Gemeinschaft nach Bruchteilen, §§ 741 ff. Sind die Bruchteile oder Summen bestimmt und übersteigen sie das den mehreren zugewendete Ganze oder erschöpfen sie das Ganze nicht, so tritt entsprechende Verminderung oder Erhöhung der Teile ein (§§ 2089, 2090). Zuwendung teils nach Bruchteilen, teils ohne Bruchteile § 2092. Ob beim Vermächtnis einer teilbaren Leistung, insbesondere beim Summenvermächtnis, ein gemeinschaftliches oder ob mehrere Vermächtnisse anzunehmen sind (§ 420), ist Auslegungsfrage.

§ 2158

Ist mehreren derselbe Gegenstand vermacht, so wächst, wenn einer von ihnen vor oder nach dem Erbfalle wegfällt, dessen Anteil den übrigen Bedachten nach dem Verhältnis ihrer Anteile an. Dies gilt auch dann, wenn der Erblasser die Anteile der Bedachten bestimmt hat[1]). Sind einige der Bedachten zu demselben Anteile berufen, so tritt die Anwachsung zunächst unter ihnen ein[2])

Der Erblasser kann die Anwachsung ausschließen[3]).

E I 1870, 1871 II 2029 M 5, 184—186 P 5, 215, 216.

1. **Das Anwachsungsrecht beim Vermächtnis** entspricht der Anwachsung der Erbteile in §§ 2094, 2095. Voraussetzung ist a) ein gemeinschaftliches Vermächtnis im Sinne von § 2157. Es ist immer gegeben bei Unteilbarkeit der Leistung. Es ist aber bei teilbaren Leistungen auch dann nicht ohne weiteres ausgeschlossen, wenn der Erblasser die Anteile nach Bruchteilen oder Summen bestimmt hat. Sind 1000 oder ist eine Forderung von 1000 dem A, B, C mit 5/10, 3/10, 2/10 oder auch mit 500, 300, 200 vermacht, so ist Auslegungsfrage, ob ein Vermächtnis zu 1000 oder ob drei Einzelvermächtnisse zu 500, 300 und 200 vorliegen. b) Wegfall eines Mitbedachten, sei es vor dem Erbfall durch Tod, Verzicht (§§ 2160, 2352) oder nach dem Erbfall, aber mit Rückbeziehung auf den Zeitpunkt des Erbfalls durch Ausschlagung, Unwürdigkeit (§§ 2180, 2345) oder durch Unwirksamwerden der Zuwendung infolge Anfechtung, Ausfalls der Bedingung (§§ 2074, 2177), insbesondere auch nach §§ 2162, 2163. Fällt der Mitbedachte erst nach der Annahme durch Eintritt einer auflösenden Bedingung weg, so wird mit Planck A 5 gegen Strohal § 29 A 27 anzunehmen sein, daß die übrigen Bedachten für diesen Fall aufschiebend mitbedacht sind. Über die sonstigen Wirkungen der Anwachsung vgl. § 2094 A 1.

2. **Engere Gruppe** der gemeinschaftlich Bedachten wie § 2094 A 3.

3. **Ausschließung der Anwachsung** wie § 2094 A 5, sei es durch Berufung eines Ersatzvermächtnisnehmers (§§ 2190, 2099) oder dadurch, daß der Erblasser sonst zu erkennen gibt, das Vermächtnis solle beim Wegfall des Bedachten hinfällig werden, d. h. dem Beschwerten zugute kommen.

§ 2159

Der durch Anwachsung einem Vermächtnisnehmer anfallende Anteil gilt in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser oder der wegfallende Vermächtnisnehmer beschwert ist, als besonderes Vermächtnis[1]).

E I 1872 II 2030 M 5, 186 P 5, 215, 216.

1. **Selbständigkeit der Vermächtnisanteile.** Wörtlich übereinstimmend (bis auf die hier nicht in Betracht kommende Ausgleichungspflicht) mit § 1935, Erhöhung des gesetzlichen Erbteils und § 2095, Anwachsung der Erbteile. Der beschwerte Vermächtnisnehmer (§ 2187) kann deshalb von dem Unterbedachten nur bis zum Wert des beschwerten Anteils in Anspruch genommen werden. War die Anwachsung ausgeschlossen und geht deshalb das wegfallende Vermächtnis dem Erben zugute, so haftet er für das hierauf ruhende Untervermächtnis nicht über den freigewordenen Betrag hinaus (§ 2187 Abs 2).

§ 2160

Ein Vermächtnis ist unwirksam, wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebt[1]).

E I 1868 II 2031 M 5, 181 P 5, 212.

1. **Erleben des Vermächtnisanfalles** (§§ 2176, 2177) ist für den Bedachten (so gut wie für den Erben §§ 1923 Abs. 1, 2074) Bedingung der Wirksamkeit der Zuwendung. Im Gegensatz zum Erben (§ 1923 Abs 2), aber entsprechend der Nacherbfolge (§§ 2101 A 1, 2108 A 1), braucht jedoch der Vermächtnisnehmer zur Zeit des Erbfalls nicht bereits erzeugt oder sonst bestimmt zu sein, § 2178. Das Unwirksamwerden des Vermächtnisses kommt, wenn kein Ersatzvermächtnisnehmer berufen ist oder keine Anwachsung stattfindet (§§ 2190, 2158), dem Beschwerten — nicht notwendig dem Erben — zugute.

§ 2161

Ein Vermächtnis bleibt, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, wirksam, wenn der Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird[1]. Beschwert ist in diesem Falle derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommt[2].

E I 1876 II 2032 M 5, 189—191 P 5, 221.

Entsprechend anwendbar auf die Auflage § 2192.

1. **Wegfall des Beschwerten.** Entsprechend dem Gedanken des § 2085 bleibt die Wirksamkeit des Vermächtnisses von dem Wegfall des damit beschwerten Erben oder Vermächtnisnehmers grundsätzlich unberührt. Ein anderer Wille des Erblassers braucht nicht notwendig in der letztwilligen Verfügung erklärt zu sein, er kann sich auch aus den Umständen, insbesondere aus einem Inhalt des Vermächtnisses ergeben, der nur von dem eigentlich Beschwerten geleistet werden kann (Erteilung von Unterricht).

2. Der Wegfall des zunächst Beschwerten **kommt zustatten** (rechtlich, wenn auch nicht notwendig wirtschaftlich), jenachdem an Stelle des Erben oder Vermächtnisnehmers, dem Ersatzberufenen, dem Anwachsungsberechtigten, an Stelle des eingesetzten Erben dem gesetzlichen, an Stelle des nächstberufenen dem entfernteren gesetzlichen Erben, wie dem Fiskus. Der Bedachte soll aber aus dem Wegfall auch keinen Vorteil haben. Der nachrückende Vermächtnisnehmer haftet deshalb nach § 2187 Abs 2 nicht weiter, als der Weggefallene gehaftet haben würde.

§ 2162

Ein Vermächtnis, das unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet ist, wird mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher die Bedingung oder der Termin eingetreten ist[1].

Ist der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt oder wird seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt, so wird das Vermächtnis mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Bedachte erzeugt oder das Ereignis eingetreten ist, durch das seine Persönlichkeit bestimmt wird[2].

E I 1869 II 2033 M 5, 182, 183 P 5, 212—215.

1. §§ 2162, 2163 beschränken die **zeitliche Wirksamkeit der Vermächtnisse** in demselben Maße, wie § 2109 diejenige der Nacherbhaft. Bedingtes und betagtes Vermächtnis §§ 2177, 2074. Auch das Untervermächtnis (§ 2186) und das Nachvermächtnis (§ 2191) fallen hierunter.

2. Nach § 2178 fällt in den Fällen des Abs 2 das Vermächtnis an mit der Geburt des Bedachten oder mit Eintritt des maßgebenden Ereignisses. Die 30 jährige Frist kann sich deshalb noch um die Empfängniszeit verlängern.

§ 2163

Das Vermächtnis bleibt in den Fällen des § 2162 auch nach dem Ablaufe von dreißig Jahren wirksam:

1. **wenn es für den Fall angeordnet ist, daß in der Person des Beschwerten oder des Bedachten ein bestimmtes Ereignis eintritt, und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt;**
2. **wenn ein Erbe, ein Nacherbe oder ein Vermächtnisnehmer für den Fall, daß ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, mit einem Vermächtnisse zugunsten des Bruders oder der Schwester beschwert ist.**

Ist der Beschwerte oder der Bedachte, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person, so bewendet es bei der dreißigjährigen Frist[1].

E II 2034 P 5, 212—215, 225, 237—240; 6, 91, 92.

1. Die beiden hier zugelassenen **Ausnahmen** von der Regel des § 2162 entsprechen wörtlich den für die Nacherbschaft gegebenen Vorschriften des § 2109, s. dort.

§ 2164

Das Vermächtnis einer Sache erstreckt sich im Zweifel auf das zur Zeit des Erbfalls vorhandene Zubehör[1]).

Hat der Erblasser wegen einer nach der Anordnung des Vermächtnisses erfolgten Beschädigung der Sache einen Anspruch auf Ersatz der Minderung des Wertes, so erstreckt sich im Zweifel das Vermächtnis auf diesen Anspruch[2]).

E I 1859 II 2035 M 5, 163, 164 P 5, 179, 180.

1. **Zubehör** §§ 97, 98, auch §§ 314, 926. Die Vorschrift enthält nur eine Auslegungsregel. Danach ist maßgebend für den Umfang der Leistung der tatsächliche Zustand zur Zeit des Erbfalls. Bezüglich des Zubehörs auch dann, wenn im Falle des bedingten oder betagten Vermächtnisses der Anfall hinausgeschoben ist, § 2177 (a. M. Planck A 1). Der Wortlaut des Abs 1 ist unzweideutig, § 2177 stellt Anfall ausdrücklich in Gegensatz zum Erbfall, ein Übersehen scheint deshalb ausgeschlossen. Auch innere Gründe sprechen dafür, bezüglich des Zubehörs den bedingt Beschwerten schon vom Erbfall ab als gebunden zu behandeln (vgl. auch §§ 160 Abs 1 und 2179). Was Zubehör ist, entscheidet das Gesetz, nicht die Meinung des Erblassers (a. M. Dernburg V § 76 A 6), es sei denn, daß die Anordnung des Vermächtnisses eine über das Gesetz hinausgehende Tragweite enthalten soll. Gleichgültig ist, ob die tatsächlich vorhandenen wirklichen Zubehörstücke zur Erbschaft gehören (§ 2170) oder ob sie vorübergehend von der Hauptsache getrennt sind (§ 97 Abs 2).

2. **Ersatzansprüche wegen Beschädigung.** Sie können hervorgehen aus schon bestehenden Schuldverhältnissen (gegen den Mieter) oder aus Rechtsgeschäft (Versicherung) oder aus unerlaubter Handlung. Ersatzansprüche wegen Unterganges oder Entziehung der Sache §§ 2169, 2172. Zu beachten ist, daß der Entschädigungsanspruch (§§ 249 ff.) bereits bei Lebzeiten des Erblassers, aber erst nach Anordnung des Vermächtnisses entstanden sein muß, wenn die Auslegungsregel Platz greifen soll. Nach § 2174 steht ferner dem Bedachten nur dem Beschwerten gegenüber der Anspruch auf Abtretung des Ersatzanspruchs zu. Er kann ihn nicht ohne weiteres gegen den Dritten geltend machen. Im Sinne des Gesetzes dürfte liegen, auch die Gewährleistungsansprüche wegen Mängel der Sache (§§ 459 ff.) zu den hier gemeinten Ansprüchen zu zählen. Nur der Wandelungsanspruch ist, weil nicht auf Ersatz einer Wertminderung gerichtet, hiervon auszunehmen. Ersatzanspruch des Beschwerten wegen Verwendungen § 2185.

§ 2165

Ist ein zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht, so kann der Vermächtnisnehmer im Zweifel nicht die Beseitigung der Rechte verlangen, mit denen der Gegenstand belastet ist[1]). Steht dem Erblasser ein Anspruch auf die Beseitigung zu, so erstreckt sich im Zweifel das Vermächtnis auf diesen Anspruch[2]).

Ruht auf einem vermachten Grundstück eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, die dem Erblasser selbst zusteht, so ist aus den Umständen zu entnehmen, ob die Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld als mitvermacht zu gelten hat[3])[4]).

E I 1861 II 2036 M 5, 165—169 P 5, 181—188.

1. Im Zweifel (Auslegungsregel) kein Anspruch des Vermächtnisnehmers auf **Beseitigung dinglicher Rechte.** Vorausgesetzt ist Zugehörigkeit des Vermächtnisgegenstandes (Sache oder Recht § 90) zur Erbschaft. Die Vorschrift ist daher nicht anwendbar auf das Verschaffungsvermächtnis § 2170. Als Grundsatz gilt, daß der Gegenstand auf den Vermächtnisnehmer übergeht in derjenigen nicht bloß tatsächlichen (§ 2164 A 1), sondern auch rechtlichen Beschaffenheit, in welcher er sich zur Zeit des Anfalls befindet, also auch mit den dem Erblasser etwa entstandenen Einreden (§§ 1137, 1211, 1254): res transit cum suo onere. In Betracht kommen nur dingliche Belastungen, bezüglich deren auch der Beschwerte der Berechtigte sein kann, § 2175. Handelt es sich um Rückstände von wiederkehrenden dinglichen Leistungen, so wird meist Befreiung des Bedachten von der nachträglichen Erfüllung gewollt sein. Gleichgültig ist, ob der Erblasser die Belastung gekannt hat. Trifft dies zu, so ist umsomehr anzunehmen, daß der Bedachte die Belastung tragen solle. (Wegen Hypotheken und Grundschulden vgl. auch §§ 2166—2168.) Zu den dinglichen Belastungen gehört nicht das Miet- und Pachtrecht. Der Vermächtnisnehmer tritt vielmehr regelmäßig in den Vertrag ein (§ 571) und muß die Verfügungen des Erblassers gegen sich gelten lassen (§ 573).

2. Im Falle des Satz 2 (wenn z. B. der Erblasser die Last selbst abgelöst, den Pfandschilling gezahlt hatte) gilt die entgegengesetzte Vermutung: zugleich mit dem Vermächtnisgegenstand **geht auch der Beseitigungsanspruch auf den Bedachten über.** Er selbst hat ihn deshalb durch Klage oder Einrede geltend zu machen und kann die Beseitigung regelmäßig nicht vom Beschwerten verlangen.

3. Bezüglich der **Eigentümergrundschuld** (§ 1163) stellt das Gesetz überhaupt keine Regel auf, sondern läßt lediglich die Umstände entscheiden.

4. **Beweislast.** Der Vermächtnisnehmer ist dafür beweispflichtig, daß der Erblasser seine Befreiung von den Lasten gewollt habe. Beweist er, daß der Beseitigungsanspruch bereits dem Erblasser erwachsen war (A 2), so trifft den Beschwerten der Gegenbeweis, daß dieser Anspruch gleichwohl nicht mit vermacht sei. Der Bedachte ist auch dafür beweispflichtig, daß ihm die Eigentümergrundschuld vermacht sei (A 3).

§ 2166

Ist ein vermachtes Grundstück, das zur Erbschaft gehört, mit einer Hypothek für eine Schuld des Erblassers oder für eine Schuld belastet, zu deren Berichtigung der Erblasser dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, so ist der Vermächtnisnehmer im Zweifel dem Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers insoweit verpflichtet, als die Schuld durch den Wert des Grundstücks gedeckt wird[1]). Der Wert bestimmt sich nach der Zeit, zu welcher das Eigentum auf den Vermächtnisnehmer übergeht; er wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Hypothek im Range vorgehen[2]).

Ist dem Erblasser gegenüber ein Dritter zur Berichtigung der Schuld verpflichtet, so besteht die Verpflichtung des Vermächtnisnehmers im Zweifel nur insoweit, als der Erbe die Berichtigung nicht von dem Dritten erlangen kann[3]).

Auf eine Hypothek der im § 1190 bezeichneten Art finden diese Vorschriften keine Anwendung[4]).

E II 2037 P 5, 182, 183, 188—192; 6, 396.

1. Auslegungsregeln bezüglich der **Verpflichtung des Vermächtnisnehmers zur Befriedigung von Hypothekengläubigern.** Sie beziehen sich nicht auf das Verschaffungsvermächtnis § 2170, das vermachte Grundstück muß vielmehr (wie in § 2165) *zur Erbschaft gehören.* Die Verpflichtung, im Zweifel die Geltendmachung dinglicher Rechte in das vermachte Grundstück geschehen zu lassen, ergibt sich schon aus § 2165 A 1. Diese Verpflichtung **steigert sich** bis zu einem persönlichen Schuldverhältnis des Vermächtnisnehmers *gegenüber dem Erben* (auch wenn er nicht der Beschwerte ist) des Inhalts, daß er *rechtzeitig für Befriedigung des Gläubigers zu sorgen* hat und dem Erben aus der Verzögerung schadensersatzpflichtig wird. Der Gläubiger erwirbt dadurch (so auch § 329) keine unmittelbaren Rechte. Jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Erblasser entweder *persönlicher Schuldner* der durch die Hypothek gesicherten Forderung war oder daß er, wenn die Hypothek für eine fremde Schuld bestellt war (§ 1113), dem Schuldner persönlich aufzukommen hatte. Nicht also, wenn der Erblasser überhaupt nur mit dem Grundstück haftete. Zugleich **vermindert sich** aber die Haftung des Vermächtnisnehmers insofern, als sie durch den *Wert des Grundstücks* nach oben begrenzt ist. Mit dem überschießenden Betrage — aber auch nur mit diesem (§ 1143) — geht deshalb die Forderung gegen den Erben auf den Vermächtnisnehmer über, wenn er den Gläubiger voll befriedigt. Umgekehrt kann der Erbe, wenn er den Gläubiger befriedigt, vom Vermächtnisnehmer nur Ersatz bis zur Höhe des Grundstückswertes verlangen, und nur insoweit geht die Hypothek auf ihn über (§ 1164).

2. Für die **Wertsbestimmung** ist nicht die *Zeit* des Vermächtnisanfalls (§§ 2176 bis 2178), sondern der zufällige Zeitpunkt entscheidend, wo das vermachte Grundstück dem Bedachten aufgelassen worden ist (§§ 873, 925). Gemäß Abs 4 bleiben Maximalhypotheken auch bei Anrechnung der Belastungen außer Betracht. Der hiernach festgestellte Grundstückswert bleibt im Verhältnis zwischen Erben und Vermächtnisnehmer maßgebend, auch wenn sich bei der späteren Zwangsversteigerung ein höherer oder geringerer Wert herausstellen sollte.

3. Im Falle des Abs 2 ist der Vermächtnisnehmer **nur hilfsweise verhaftet** und kann, wenn er den Hypothekengläubiger voll befriedigt, vom Erben insoweit Abtretung seiner Rückgriffsansprüche an den Dritten verlangen. Der Erbe ist jedoch nicht genötigt, bevor er den Vermächtnisnehmer in Anspruch nimmt, den Dritten auszuklagen, wenn er sonst seine Zahlungsunfähigkeit nachweisen kann.

4. § 1190: Maximalhypothek A 2. — Die Beweispflicht liegt demjenigen ob, welcher aus der letztwilligen Anordnung des Erblassers weitergehende Rechte für sich ableitet. — Sind bewegliche Sachen vermacht, so kann der Vermächtnisnehmer zwar nicht Beseitigung des Pfandrechts verlangen (§ 2165), ist aber auch nicht, wie bei der Hypothek zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet. Tut er es doch, so erwirbt er gemäß §§ 1249, 268 Abs 3 dessen Forderung gegen den Erben.

§ 2167

Sind neben dem vermachten Grundstück andere zur Erbschaft gehörende Grundstücke mit der Hypothek belastet, so beschränkt sich die im § 2166 bestimmte Verpflichtung des Vermächtnisnehmers im Zweifel auf den Teil der Schuld, der dem Verhältnisse des Wertes des vermachten Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht. Der Wert wird nach § 2166 Abs. 1 Satz 2 berechnet[1]).

E II 2038 P 5, 182, 183, 188—193; 6 396.

1. Die Auslegungsvorschrift des § 2166 ist für den Fall näher ergänzt, daß eine **Gesamthypothek** sowohl auf dem vermachten, als auf andern Nachlaßgrundstücken eingetragen ist. Der Vermächtnisnehmer ist dem Gläubiger der Gesamthypothek selbstverständlich mit dem Grundstück unbeschränkt verhaftet (§ 1132 Abs 1). Im Verhältnis zum Erben beschränkt sich aber seine Haftung auf den zu ermittelnden verhältnismäßigen Teilbetrag (vgl. auch § 1172 Abs 2). Der Wert sämtlicher hierbei in Betracht kommender Grundstücke ist gemäß § 2166 Abs 1 Satz 2 nach dem Zeitpunkt einzustellen, in dem das Eigentum an dem vermachten Grundstück übergeht. Haftet die Hypothek noch auf andern nicht zur Erbschaft gehörenden Grundstücken, so kommen für das Rechtsverhältnis zwischen Erben und Vermächtnisnehmer diese Grundsätze überhaupt nicht in Betracht. Es verbleibt vielmehr bei der Regel des § 2166.

§ 2168

Besteht an mehreren zur Erbschaft gehörenden Grundstücken eine Gesamtgrundschuld oder eine Gesamtrentenschuld und ist eines dieser Grundstücke vermacht, so ist der Vermächtnisnehmer im Zweifel dem Erben gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers in Höhe des Teiles der Grundschuld oder der Rentenschuld verpflichtet, der dem Verhältnisse des Wertes des vermachten Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht. Der Wert wird nach § 2166 Abs. 1 Satz 2 berechnet[1]).

Ist neben dem vermachten Grundstück ein nicht zur Erbschaft gehörendes Grundstück mit einer Gesamtgrundschuld oder einer Gesamtrentenschuld belastet, so finden, wenn der Erblasser zur Zeit des Erbfalls gegenüber dem Eigentümer des andern Grundstücks oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist, die Vorschriften des § 2166 Abs. 1 und des § 2167 entsprechende Anwendung[2]).

E II 2039 P 5, 182, 183, 188—193; 6, 396.

1. Die Auslegungsgrundsätze der §§ 2166, 2167 sind weiter ergänzt für den Fall, daß auf dem vermachten Grundstück eine **Gesamtgrundschuld oder Gesamtrentenschuld** eingetragen ist (§§ 1132, 1192, 1199). Abs 1 setzt voraus, daß **nur Nachlaßgrundstücke** damit belastet sind. In diesem Falle tritt der Vermächtnisnehmer, falls er nicht Beseitigung der Grundschuld verlangen kann (§ 2165 A 1), zu dem Erben in ein persönliches Schuldverhältnis, kraft dessen er dem Erben gegenüber — unbeschadet seiner vollen Haftung gegenüber dem Gläubiger — nur auf den verhältnismäßigen Teilbetrag der Grundschuld (§ 2167), sowie selbstverständlich nur mit dem nach § 2166 Abs 1 Satz 2 zu bestimmenden Werte des Grundstücks als verhaftet gilt. Nur innerhalb der hierdurch gezogenen Grenzen leidet § 1173 verb. § 1192 Anwendung.

2. Sind neben dem vermachten **noch andere nicht zur Erbschaft gehörende Grundstücke** belastet, so kommt es darauf an, ob der Erblasser zur Zeit des Erbfalls gegenüber dem Eigentümer des andern Grundstücks oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers zur Befriedigung des Gesamtgrundschuldgläubigers verpflichtet war (z. B. aus der Schuldübernahme im Falle des § 415 Abs 3, vgl. auch § 1173). Trifft dies zu, so wird, wie die Verweisungen ergeben, der Vermächtnisnehmer dem Erben bis zum Werte des ihm zugewen-

beten Grundstücks verpflichtet, wenn nur dieses allein mit der Gesamtgrundschuld belastet ist (§ 2166 Abs 1). Sind daneben noch andere Nachlaßgrundstücke belastet, so vermindert sich seine Verpflichtung weiter bis zu dem auf das vermachte Grundstück entfallenden Teilbetrag (§ 2167). Bestand auf Seiten des Erblassers keine Befriedigungsverpflichtung gegenüber den sonstigen, dermaligen oder früheren Grundschuldnern, so entstehen zwischen Erben und Vermächtnisnehmer überhaupt keine besonderen Verpflichtungen, der Bedachte ist vielmehr von der Auflassung ab Gesamtgrundschuldner neben andern damit belasteten Eigentümern.

§ 2169

Das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes ist unwirksam, soweit der Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, es sei denn, daß der Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zugewendet sein soll, daß er nicht zur Erbschaft gehört[1]).

Hat der Erblasser nur den Besitz der vermachten Sache, so gilt im Zweifel der Besitz als vermacht, es sei denn, daß er dem Bedachten keinen rechtlichen Vorteil gewährt[2]).

Steht dem Erblasser ein Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes oder, falls der Gegenstand nach der Anordnung des Vermächtnisses untergegangen oder dem Erblasser entzogen worden ist, ein Anspruch auf Ersatz des Wertes zu, so gilt im Zweifel der Anspruch als vermacht[3]).

Zur Erbschaft gehört im Sinne des Abs. 1 ein Gegenstand nicht, wenn der Erblasser zu dessen Veräußerung verpflichtet ist[4]).

E I 1848 II 2040 M 5, 142—148 P 5, 165—170.

1. Zur **Wirksamkeit eines Vermächtnisses** ist grundsätzlich erforderlich, daß der vermachte Gegenstand, Sache oder Recht (§ 90) oder der Gegenstand, an dem durch Vermächtnis ein Recht begründet werden soll, wenn auch nicht zur Zeit der Anordnung, so doch *zur Zeit des Erbfalls sich im Vermögen des Erblassers befindet*. Diese Zugehörigkeit kommt jedoch von vornherein nicht in Frage beim Gattungsvermächtnis (§ 2155). Aber auch das Vermächtnis eines *individuell bestimmten Gegenstandes* kann trotz der Nichtzugehörigkeit zur Erbschaft ausnahmsweise wirksam sein, wenn die Anordnung dahin auszulegen ist, daß sie auch für diesen Fall in Kraft treten solle. Es handelt sich dann um das Verschaffungsvermächtnis des § 2170. Rechtlich gleichgültig, aber regelmäßig von Bedeutung für die Auslegung der Vermächtnisanordnung ist es, ob der Erblasser die Nichtzugehörigkeit gekannt hat oder nicht. Es macht ferner keinen Unterschied, ob der Gegenstand dem Beschwerten, dem Bedachten oder einem Dritten gehört. Der *Beweis*, daß der Gegenstand nicht zur Erbschaft gehört, ist vom Beschwerten, der Gegenbeweis, daß die Zuwendung auch für diesen Fall gewollt war, vom Bedachten zu führen. Sind nur Teile des vermachten Gegenstandes vorhanden, so bleibt das Vermächtnis „soweit" in Kraft.

2. Auch der bloße **Besitz** kann als Vermögensvorteil (§ 1939) Gegenstand des Vermächtnisses sein. Ein auf Zuwendung des Gegenstandes selbst (des Hauses, des Pferdes) lautendes Vermächtnis soll deshalb nach der Auslegungsregel des Gesetzes in eine Zuwendung des Besitzes am Gegenstande umgedeutet werden, wenn der Erbl sser selbst hieran nur den — mittelbaren oder unmittelbaren — Besitz gehabt hat (der Erblasser hatte das Haus nur mietweise inne, das Pferd nur in Verwahrung). Auch hier kommt es auf die Vorstellung des Erblassers über sein Recht an der besessenen Sache nicht an. Der Beschwerte kann sich mit dem Gegenbeweis befreien, daß der Besitz dem Bedachten *keinen rechtlichen Vorteil gewähre*. Dies kann jedoch nur bei dem wissentlich unrechtmäßigen Besitz zutreffen, da sonst schon die Tatsache des Besitzes Rechte erzeugt (Besitzschutz §§ 858 ff., Ersitzung §§ 937 ff., Nutzungsrechte §§ 987 ff., Ersatz wegen Verwendungen §§ 994 ff., Vermutung des Eigentums § 1006).

3. **Ersatzansprüche.** Auch hier ist Voraussetzung, daß die Vermächtnisanordnung auf einen bestimmten, zur Zeit des Erbfalls aber noch nicht oder nicht mehr im Nachlaß vorhandenen Gegenstand lautet. Die Anordnung wird dann (ähnliche Surrogationsgrundsätze §§ 2041, 2111, 2164, 2374) in das Vermächtnis des betreffenden Ersatzanspruchs umgedeutet. Dies hat auch zu gelten, wenn der Ersatzanspruch bereits *vor* Anordnung des Vermächtnisses entstanden, dem Erblasser aber hiervon nichts bekannt geworden war. War der Wertsersatz schon vor Eintritt des Erbfalls geleistet, so gilt nach § 2173 im Zweifel der geleistete Gegenstand als zugewendet. Zu den Ersatzansprüchen gehört auch der Bereicherungsanspruch, wie für den besonderen Fall des § 951 in § 2172 A 2 anerkannt ist. Hat der Erblasser für den in

der Vermächtnisanordnung bezeichneten bestimmten Gegenstand (Zuchthengst „Jupiter") nachher selbst Ersatz beschafft (Zuchthengst „Exzelsior"), so ist es reine Auslegungsfrage, ob der Ersatzgegenstand als zugewendet gelten darf.

4. Die bezüglich eines Gegenstandes bestehende **Veräußerungspflicht** hebt seine Zugehörigkeit zur Erbschaft an sich nicht auf, hat aber trotzdem die Unwirksamkeit des hierauf bezüglichen Vermächtnisses grundsätzlich zur Folge. Das Vermächtnis wird auch dadurch nicht wirksam, daß die Veräußerungspflicht nach dem Erbfall wieder wegfällt. Nach Abs 2 kann auch an der veräußerten Sache der Besitz bis zur Herausgabe vermacht sein und entsprechend Abs 3 kann die dem veräußernden Erblasser gebührende Gegenleistung als vermacht gelten.

§ 2170

Ist das Vermächtnis eines Gegenstandes, der zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, nach § 2169 Abs. 1 wirksam, so hat der Beschwerte den Gegenstand dem Bedachten zu verschaffen[1]).

Ist der Beschwerte zur Verschaffung außerstande, so hat er den Wert zu entrichten. Ist die Verschaffung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, so kann sich der Beschwerte durch Entrichtung des Wertes befreien[2]).

E I 1849 II 2041 M 5, 148 149 P 5 170, 171.

1. **Verschaffungsvermächtnis.** Gehört der individuell bestimmte Gegenstand, der selbst oder an welchem ein noch zu begründendes Recht vermacht ist (§ 2169 A 1) einem Dritten, so hat ihn der Beschwerte vom Dritten zu erwerben und auf den Bedachten zu übertragen oder ihm das Recht vom Dritten zu verschaffen. Gehört er dem Beschwerten, so ist er kraft § 2174 dem Bedachten unmittelbar zur Leistung verpflichtet. Seine Gewährleistungspflicht bestimmt sich nach § 2182 Abs 2, 3. Gehörte er bereits dem Bedachten, so erledigt sich das Vermächtnis als gegenstandslos, es müßte denn dahin umzudeuten sein, daß der vom Erblasser daran ausgeübte Besitz vermacht sei (§ 2169 A 2) oder daß der Beschwerte die darauf ruhenden Belastungen zu beseitigen habe, unter Umständen, daß er dem Bedachten seine etwaigen Anschaffungskosten, vielleicht auch den Wert des Gegenstandes zu vergüten habe. War der Bedachte dem Erblasser zur Herausgabe verpflichtet, so liegt Befreiungsvermächtnis vor.

2. Wird dem Beschwerten die Verschaffung nach Eintritt des Erbfalls (zur Zeit des Erbfalls s. § 2171 A 1) und bevor seine Verpflichtung zur Entrichtung des Wertes entstanden ist (Abs 2 Satz 1) **objektiv unmöglich**, z. B. durch Untergang der Sache, so wird der Beschwerte schon nach allgemeinen Grundsätzen von der Leistung völlig befreit, § 275 Abs 1 und kann nur mit einem etwa erlangten Ersatz oder Ersatzanspruch herausgabepflichtig werden, § 281. Hier ist nur der Fall der **subjektiven Unmöglichkeit** behandelt, z. B. weil der Dritte die Hergabe der Sache schlechterdings verweigert. Steht dies fest, so verwandelt sich damit der ursprüngliche Vermächtnisanspruch in eine Forderung auf Wertsersatz. Die spätere Bereitwilligkeit des Dritten zur Hergabe der Sache ändert hieran nichts. Der subjektiven Unmöglichkeit wird vom Gesetze die Notwendigkeit unverhältnismäßiger Aufwendungen gleichgestellt (der Dritte fordert einen übermäßig hohen Preis). In diesem Falle bleibt jedoch der ursprüngliche Verschaffungsanspruch bestehen, bis sich der Beschwerte durch die Wertsentrichtung davon befreit (vgl. auch §§ 251 Abs 2, 633 Abs 2). Z. T. a. M. Planck A 2. Der Wert ist nach objektivem durch die Verkehrsanschauungen bestimmten Maßstabe für die Zeit des Entstehens der Ersatzverpflichtung abzuschätzen. — Bösliche Vereitelung des Vermächtnisses beim Erbvertrag § 2288.

§ 2171

Ein Vermächtnis, das auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtet ist oder gegen ein zu dieser Zeit bestehendes gesetzliches Verbot verstößt, ist unwirksam. Die Vorschriften des § 308 finden entsprechende Anwendung[1]).

E I 1853 II 2042 M 5, 154—156 P 5, 172, 173.

Entsprechend anwendbar auf die Auflage § 2192.

1. Das Vermächtnis ist Rechtsgeschäft. § 138 Abs 1 ergibt deshalb ohne weiteres, daß ein **gegen die guten Sitten verstoßendes Vermächtnis** nichtig ist. Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist an und für sich die Zeit der Vornahme des Geschäfts, hier also der Anordnung des Vermächtnisses maßgebend. Im Streitfalle hat aber der Richter lediglich die zur Zeit des Urteilserlasses herrschende Anschauung des vir bonus zugrunde zu legen und

darf den hiernach als unsittlich erkannten Vermächtnisanspruch nicht verwirklichen helfen (§ 138 A 8). **RG JW 10, 6**[8] billigt die Nichtigerklärung eines Vermächtnisses, das von einem Ehemann einer Frauensperson zur Belohnung für Geschlechtsverkehr und um sie zu dessen Fortsetzung zu bestimmen ausgesetzt war. Ebenso folgt schon aus § 134 die Nichtigkeit des **gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Vermächtnisses.** Hier ist nur hinzugefügt, daß für die Beurteilung der Gesetzwidrigkeit (entgegen der regula Catoniana) nicht die Zeit der Testamentserrichtung, sondern die Zeit des Erbfalls maßgebend sein soll. Derselbe Grundsatz gilt in Übereinstimmung mit den für den Vertrag getroffenen Vorschriften § 306 bei dem auf eine **unmögliche Leistung** gerichteten Vermächtnis. Ist jedoch der Vermächtnisanfall über die Zeit des Erbfalls hinausgeschoben (§ 2177), so ist, wie die Bezugnahme auf § 308 (und § 309) ergibt, das Vermächtnis wirksam, wenn die Gesetzwidrigkeit oder Unmöglichkeit wenigstens zur Zeit des Anfalls gehoben und das Vermächtnis für diesen Fall angeordnet ist. Vorausgesetzt ist objektive, schon vor dem Erbfall vorhandene Unmöglichkeit der Leistung, gleichviel ob aus natürlichen oder aus Rechtsgründen (Untergang der Sache, Verkehrsverbot, z. B. Süßstoffgesetz v. 7. 7. 02, Unübertragbarkeit des vermachten Rechts § 399). Doch kann nach § 2169 A 3 ein dem Erblasser zustehender Ersatzanspruch als vermacht gelten. Die Folgen einer erst nach dem Erbfall eintretenden, auch der bloß subjektiven Unmöglichkeit der Leistung sind in §§ 275, 2170 A 2, 2179 geregelt. Ist das Vermächtnis aufschiebend oder auflösend unter einer unmöglichen Bedingung (Verheiratung mit der Schwester) angeordnet, so ist nach allgemeinen Grundsätzen im ersteren Falle die Zuwendung als unwirksam, die auflösende Bedingung dagegen als nicht beigefügt zu behandeln.

§ 2172

Die Leistung einer vermachten Sache gilt auch dann als unmöglich, wenn die Sache mit einer andern Sache in solcher Weise verbunden, vermischt oder vermengt worden ist, daß nach den §§ 946 bis 948 das Eigentum an der andern Sache sich auf sie erstreckt oder Miteigentum eingetreten ist, oder wenn sie in solcher Weise verarbeitet oder umgebildet worden ist, daß nach § 950 derjenige, welcher die neue Sache hergestellt hat, Eigentümer geworden ist[1]).

Ist die Verbindung, Vermischung oder Vermengung durch einen andern als den Erblasser erfolgt und hat der Erblasser dadurch Miteigentum erworben, so gilt im Zweifel das Miteigentum als vermacht; steht dem Erblasser ein Recht zur Wegnahme der verbundenen Sache zu, so gilt im Zweifel dieses Recht als vermacht[2]). Im Falle der Verarbeitung oder Umbildung durch einen andern als den Erblasser bewendet es bei der Vorschrift des § 2169 Abs. 3[3]).

E I 1854 II 2043 M 5 173, 174; 6, 396.

1. Die **Verbindung** beweglicher Sachen mit einem Grundstück (§ 946) oder mit andern beweglichen Sachen (§ 947) oder die **Vermischung** beweglicher Sachen miteinander (§ 948) bewirkt Untergang der Sache im Rechtssinn und deshalb Unmöglichkeit der Leistung. Das Gleiche gilt, wenn die vermachte Sache im Wege der **Verarbeitung oder Umbildung** als Stoff zur Herstellung einer neuen Sache benutzt worden ist und der Wert des Stoffes nicht überwiegt (§ 950). Hat der Erblasser selbst oder hat mit seinem Willen ein Dritter nach Anordnung des Vermächtnisses die Verbindungen vorgenommen, so hat er damit das Vermächtnis stillschweigend widerrufen (ademtio legati). Doch kann unter Umständen der Vermächtniswille auch dahin ausgelegt werden, daß die neu gebildete Sache oder daß Wertersatz für die untergegangene Sache vermacht sein sollte. Auch Miteigentum oder ein Wegnahmeanspruch gegen den Beschwerten im Sinne von Abs 2 kann als vermacht gelten, obwohl bei einer vom Erblasser selbst vorgenommenen Umgestaltung seiner eigenen Sachen von Rechten solchen Inhalts, die schon in seiner Person entstanden wären, nicht eigentlich gesprochen werden kann.

2. Ist die Verbindung **durch einen andern als den Erblasser** und ohne seinen Willen erfolgt, so verbleibt es zwar bei der Unmöglichkeit der Leistung und infolgedessen der Unwirksamkeit dieses Vermächtnisses. Es wird aber nach gesetzlicher Auslegungsregel („im Zweifel" bis zum Gegenbeweis des Beschwerten) dahin umgedeutet, daß an Stelle des ursprünglichen Gegenstandes die dem Erblasser aus §§ 947, 948, 951 Abs 2 entstandenen Miteigentums- und Wegnahmerechte als vermacht gelten.

3. Soweit dem Erblasser, wie insbesondere **im Falle der Verarbeitung und Umbildung** der Bereicherungsanspruch aus § 951 Abs 1 zustand, so gilt nunmehr dieser als vermacht (§ 2169 A 3).

§ 2173

Hat der Erblasser eine ihm zustehende Forderung vermacht, so ist, wenn vor dem Erbfalle die Leistung erfolgt und der geleistete Gegenstand noch in der Erbschaft vorhanden ist, im Zweifel anzunehmen, daß dem Bedachten dieser Gegenstand zugewendet sein soll. War die Forderung auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet, so gilt im Zweifel die entsprechende Geldsumme als vermacht, auch wenn sich eine solche in der Erbschaft nicht vorfindet[1])[2]).

E I 1855 II 2044 M 5, 157, 158 P 5, 174—176.

1. **Forderungsvermächtnis.** Ist die vermachte dem Erblasser zustehende Forderung durch Leistung an den Gläubiger erloschen, so kann sie auch nicht mehr Gegenstand des Vermächtnisses sein und das Vermächtnis wäre insoweit nach § 2171 unwirksam. Es wird aber, ähnlich wie in § 2169 Abs 3 in ein Vermächtnis auf Leistung des Forderungsgegenstandes umgedeutet, falls dieser zur Zeit des Erbfalls noch in Natur in der Erbschaft vorhanden ist. Beim **Geldforderungsvermächtnis** — nicht auch beim Vermächtnis einer Forderung auf Leistung verbrauchbarer oder vertretbarer Sachen — wird auch von diesem Erfordernis abgesehen. Das Gesetz erteilt jedoch nur Auslegungsregeln, läßt mithin dem Beschwerten den Gegenbeweis nach, daß das Vermächtnis nur auf die Forderung in dem zur Zeit des Erbfalls bestehenden Betrage gerichtet war. Ist der Forderungsgegenstand nicht mehr vorhanden, hat ihn namentlich der Erblasser selbst schon weiter veräußert, so wird das Vermächtnis nur schwer als Verschaffungsvermächtnis (§ 2170) aufrecht zu erhalten sein. Ob die Forderung dem Erblasser schon bei Anordnung des Vermächtnisses zustand oder ob sie ihm surrogationsweise erst später entstanden ist (§§ 2164 Abs 2, 2169 Abs 3), macht keinen Unterschied. Ebensowenig, ob der Erblasser die Forderung eingezogen hat oder ob sie freiwillig vom Schuldner erfüllt ist. Aufrechnung steht der Leistung gleich. Wenn der Beschwerte nach dem Erbfall über die Forderung verfügt, so wird er dem Bedachten ersatzpflichtig. Erlischt sie durch Aufrechnung von seiten des Schuldners, so haftet er dem Bedachten auf Bereicherung. Stand die Forderung nicht dem Erblasser, sondern dem Beschwerten oder einem Dritten zu und war ein Verschaffungsvermächtnis gemeint, so ist es Sache freier Auslegung, ob der vor dem Erbfall an den Gläubiger geleistete Gegenstand als vermacht zu gelten hat. — Im übrigen kann das Forderungsvermächtnis auch durch das Vermächtnis der Schuldurkunde, des Sparkassenbuchs usw. ausgedrückt sein. Bestehende Nebenrechte der Forderung (Pfand, Bürgschaft) gelten im Zweifel als mitvermacht. Aus § 2174 hat der Bedachte gegen den Beschwerten den Anspruch auf Übertragung der Forderung nach § 398 ff. mit Zinsen seit Anfall des Vermächtnisses (§ 2184). Sind verkehrsfähige Schuldverschreibungen auf den Inhaber vermacht und hat der Erblasser durch Verkauf darüber verfügt, so bildet im Zweifel der erzielte Erlös den nunmehrigen Gegenstand des Vermächtnisses (OLG 10, 302).

2. Nicht besonders geregelt, aber auch nach BGB zulässig ist a) das **Befreiungsvermächtnis:** Zuwendung der Befreiung von einer dem Bedachten gegen den Erblasser, den Beschwerten oder einen Dritten obliegenden Schuld. Sie kann, wenn der Bedachte Schuldner des Erblassers ist, auch in dem Vermächtnis der Forderung an den Bedachten ausgedrückt sein. Sie verpflichtet den Beschwerten in den beiden ersteren Fällen zum Schulderlaß, zur Quittungsleistung und Rückgabe des Schuldscheins (§§ 368, 371), Freigabe der bestellten Sicherheiten und gewährt dem Bedachten eine Einrede, wenn er vom Beschwerten auf Erfüllung belangt wird. Ist der Gläubiger ein Dritter, so hat der Beschwerte die Befreiung herbeizuführen. Ist die Schuld schon vor dem Erbfall von dem Bedachten zurückgezahlt, so kann die Auslegung insbesondere dann, wenn der Schuldner freiwillig gezahlt hatte, zu der Annahme führen, daß ein Vermächtnis der Schuldsumme gewollt ist. b) Das **Schuldvermächtnis** (legatum debiti): Vermächtnis dessen, was der Erblasser dem Bedachten schuldet oder schuldig zu sein erklärt. Darin kann die Bestätigung eines schon bestehenden, wenn auch vielleicht unwirksamen Schuldverhältnisses (gleich dem Schuldanerkenntnis § 781) oder die selbständige Begründung eines solchen (gleich dem Schuldversprechen § 780) enthalten sein. Im ersteren Falle ist, wenn die Schuld nicht bestand, gegebenenfalls Anfechtung wegen Irrtums aus § 2078 möglich. War die Schuld zur Zeit des Erbfalles schon getilgt, so ist das Vermächtnis nach § 2171 unwirksam. — Sind sonstige Rechte Gegenstand des Vermächtnisses, so bestimmt sich sein Inhalt nach den besonderen hierfür geltenden Vorschriften (Inbegriff, Leibrente, Nießbrauch, Ausstattung usw.).

§ 2174

Durch das Vermächtnis wird für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern[1]).

E I 1865 II 2045 M 5, 176 P 5, 201—210; 6, 344—346.

1. Durch das Vermächtnis wird, wie auch beim Pflichtteil § 2303, nur ein **Forderungsrecht des Bedachten gegen den Beschwerten** begründet. Der zugewendete Gegenstand geht daher nicht, wie beim Vindikationslegat des gemeinen Rechts unmittelbar kraft Gesetzes auf den Bedachten über. Vielmehr liegt dem Beschwerten ob, die zur Verwirklichung der Vermächtnisanordnung erforderlichen Rechtsakte vorzunehmen (Eigentumsübertragung, Abtretung, Neubegründung von Rechten, Erlaß der Schuld beim Befreiungsvermächtnis § 2173 A 2, a usw.). Im übrigen bestimmen sich die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Beschwerten und Bedachten nach den allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse. So insbesondere in der Frage der Vertretung der Haftung für eigenes und fremdes Verschulden (§§ 276 ff.) der Verzugsfolgen (§§ 286 ff.). Auch schon vor Annahme der Erbschaft oder des mit einem Untervermächtnis belasteten Vermächtnisses darf der Beschwerte der Verwirklichung des Vermächtnisanspruchs nicht entgegenhandeln. Beim hinausgeschobenen Vermächtnisanfall §§ 2179, 160. Besondere Vorschriften für die Erfüllung §§ 2181—2189. Die hierdurch entstehenden Kosten sind vom Beschwerten zu tragen. Als Leistungsort wird regelmäßig der letzte Wohnort des Erblassers in Frage kommen (§ 269). Auch wenn dies gegebenenfalls nicht zuträfe, ist für Klagen, welche Ansprüche aus Vermächtnissen betreffen, das Gericht der Erbschaft (ZPO § 27) zuständig. Ein gesetzlicher Anspruch auf Sicherstellung steht dem Vermächtnisnehmer nicht zu. Doch kann er als Nachlaßgläubiger die Nachlaßverwaltung beantragen (§ 1981 A 2/3) und gegebenenfalls sich durch Arrest oder einstweilige Verfügung, insbesondere durch Eintragung einer Vormerkung (§ 885) schützen lassen. Hat der Erblasser dem Bedachten den Vermächtnisgegenstand bereits unter Lebenden zugewendet, so ist das Vermächtnis, wenn es sich um eine species handelt, nach § 2169 Abs 1 unwirksam. Das Gattungsvermächtnis (§ 2155) bleibt an sich in Kraft. Doch ist Tatfrage, ob das Vermächtnis nicht unter der stillschweigenden Bedingung angeordnet ist, daß der Erblasser den Bedachten nicht selbst noch befriedigen werde. Der in der Annahme der Zuwendung unter Lebenden regelmäßig enthaltene Verzicht des Bedachten auf das Vermächtnis bedarf, um wirksam zu sein, der Form des § 2348 (§ 2352). — Die Vermächtnisschuld ist, wenn der Erbe damit beschwert ist, **Nachlaßverbindlichkeit** (§ 1967). Sie unterscheidet sich aber von andern Verbindlichkeiten dadurch, daß sie — gleich dem Pflichtteil — zur Voraussetzung hat, daß nach Tilgung der eigentlichen Nachlaßschulden ein freier Nachlaßüberschuß vorhanden ist. Anderseits hat der Erbe keinen Anspruch darauf, daß ihm irgend etwas (Falzidische Quart) vom Nachlaß verbleibe. Hierauf und auf der Tatsache, daß dem Erben das Vermächtnis regelmäßig aus den letztwilligen Verfügungen des Erblassers bekannt ist, beruhen folgende Besonderheiten: Das Vermächtnis wird, außer nach Teilung des Nachlasses unter Miterben (§ 2060 A 3) durch das Aufgebot nicht betroffen, § 1972, hat aber sogar hinter den ausgeschlossenen Gläubigern zurückzutreten (§§ 1973 A 4, 1974 A 7). Im Verhältnis von Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnissen und Auflagen zueinander haben die ersteren den Vorrang, § 1974 A 7; KO § 226. Im übrigen kann der Erblasser den Rang ordnen, § 2189. In diesem Verhältnis hat der Erbe auch im Falle der Unzulänglichkeitseinrede für die Berichtigung Sorge zu tragen, § 1991 A 4, aber auch § 1979. Beruht die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen, so ist der Erbe deshalb allein nicht zum Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses verpflichtet, §§ 1980, 1992. Inwieweit im übrigen Vermächtnisse vom Pflichtteilsrechte beeinflußt werden, ergeben §§ 2306, 2318, 2321—2323. Besonderheiten im Nachlaßkonkurse KO §§ 219, 222, 226, 227, 230. Haftung des Vorerben § 2145. Fälligkeit des Untervermächtnisses, mit dem ein Vermächtnisnehmer beschwert ist und Beschränkung seiner Haftung §§ 2186—2188, Anfechtung des Vermächtnisses wegen Erbunwürdigkeit des Bedachten § 2345. Kein Vermächtnis einer Erbschaft § 1939 A 2.

§ 2175

Hat der Erblasser eine ihm gegen den Erben zustehende Forderung oder hat er ein Recht vermacht, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen[1]).

E I 1866 II 2046 M 5, 176, 177 P 5, 203, 210.

1. Ist eine zur Zeit des Erbfalls bereits bestehende **Forderung gegen den Erben** oder ein gegen ihn zustehendes **dingliches Recht** Gegenstand des Vermächtnisses, so würde nach

dem vom BGB stillschweigend angenommenen Grundsatz der Konfusion oder Konsolidation (Vorbem 2 vor § 241) das Recht mit dem Erbfall erlöschen und das Vermächtnis nach § 2169 A 1 unwirksam werden. Dieser Erfolg ist unvermeidlich, wenn es sich um nicht übertragbare (§§ 399 ff., 1059, 1092) oder um mit dem Tode des Erblassers erlöschende Rechte handelt (§§ 1061, 1090). Das Gesetz verhindert aber im übrigen die Unwirksamkeit dadurch, daß es (übereinstimmend mit §§ 1976, 1991, 2143, 2377, für Grundstücke vgl. § 889) das vermachte Recht weiter bestehen läßt. Damit sind zugleich die hiermit verbundenen Neben- und Sicherungsrechte mit Wirkung auch gegen Dritte aufrechterhalten. Die Vereinigung gilt nur in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erfolgt. Die Privatgläubiger des Erben können sich deshalb nicht darauf berufen, um zum Schaden des Vermächtnisnehmers die ererbte (und zugleich vermachte) Forderung für sich mit Beschlag zu belegen. Im Übrigen tritt die Vereinigung ein, sodaß sich die Nachlaßgläubiger nur unter den Voraussetzungen der §§ 1976, 1991 an die Forderung oder das gegen den Erben bestehende Recht halten könnten. Bestand die vermachte Forderung überhaupt nicht, so kann gleichwohl ein Verschaffungsvermächtnis gewollt sein (§ 2170). Ist umgekehrt der vermachte Gegenstand mit einem dem Erben gegen den Erblasser zustehenden Rechte, z. B. einem Pfandrechte belastet, so folgt aus § 2165 A 1, daß der Bedachte die Beseitigung dieses Rechtes im Zweifel nicht verlangen kann und daß schon deshalb die Vereinigung als ausgeschlossen zu gelten hat (§ 1256).

§ 2176

Die Forderung des Vermächtnisnehmers kommt, unbeschadet des Rechtes, das Vermächtnis auszuschlagen, zur Entstehung (Anfall des Vermächtnisses) mit dem Erbfalle[1]).

E I 1867 Abs 1 II 2047 Satz 1 M 5, 177, 178 P 5, 210, 211.

1. **Anfall des Vermächtnisses.** Wie die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers, dem Erbfall auf den Erben übergeht (§§ 1922, 1942), so entsteht mit demselben Zeitpunkt, gleichfalls unmittelbar kraft des Gesetzes, auch der Vermächtnisanspruch des § 2174 als ein zum Vermögen des Bedachten gehöriger veräußerlicher und vererblicher Bestandteil. Es sei denn, daß der Anfall gemäß §§ 2177 ff. hinausgeschoben ist. Dabei ist zwischen dem Anfall des Vermächtnisses und der Fälligkeit der Vermächtnisanspruchs (§ 2181) wohl zu unterscheiden. Der Anfall ist nicht davon abhängig, daß der Erbe die Erbschaft angenommen hat. Doch besteht vorher kein Klagerecht, § 1958. Ebenso ist der mit einem Untervermächtnis beschwerte Bedachte nicht vor Fälligkeit des Hauptvermächtnisses zur Erfüllung verpflichtet, § 2186. Fallen Erbfall und Vermächtnisanfall zusammen, so muß der Vermächtnisnehmer (wie der Erbe) den Erbfall erlebt haben, § 2160. Ist der Vermächtnisanfall auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben (§§ 2177 ff.), so genügt, daß der Vermächtnisnehmer wenigstens zu diesem Zeitpunkt gelebt hat, während die Erbeinsetzung des postumus im gleichen Falle nur als Nacherbfolge gehalten werden kann (§§ 2101 A 1). Dem Erleben steht jedoch bei der Erbfolge wie beim Vermächtnis gleich, daß der Bedachte wenigstens als Erzeugter vorhanden ist (§§ 1923 Abs 2, 2178). Wegen der Rechte in der Zwischenzeit zwischen Erbfall und Anfall vgl. § 2179. Der Anfall des Vermächtnisses hat ebenso wie der Erbschaftsanfall (§ 1942 A 2) den vorläufigen Erwerb des Vermächtnisanspruches vorbehaltlich des Ausschlagungsrechtes zur Folge. Doch ist abweichend von der Erbschaft die Möglichkeit der Ausschlagung regelmäßig an keine Frist und keine Form gebunden, § 2180 A 1/2. Recht des Bedachten auf den Fruchtgenuß vom Anfall ab § 2184. Unwirksamkeit des Vermächtnisses durch Zeitablauf §§ 2162, 2163.

§ 2177

Ist das Vermächtnis unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet und tritt die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall ein, so erfolgt der Anfall des Vermächtnisses mit dem Eintritte der Bedingung[1]) oder des Termins[2])

E I 1867 Nr 1 II 2047 Satz 2 M 5, 178—181 P 5, 210—212.

1. Handelt es sich um ein **aufschiebend bedingtes Vermächtnis**, so ist zunächst zu untersuchen, ob die Zuwendung nach dem Willen des Erblassers nur gelten soll, wenn der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt. a) Ist diese Frage nach der Regel des § 2074 zu bejahen, so ist die Zuwendung doppelt bedingt und der Bedachte hat bis zum Eintritt der Bedingung überhaupt keine, insbesondere keinerlei vererbliche Rechte. b) Ist die Frage zu verneinen, so erhellt zugleich als wahrer Wille des Erblassers, daß die Zuwendung für den Fall des Eintritts der Bedingung entweder dem Bedachten selbst oder wenn er zu diesem

Zeitpunkte nicht mehr lebt, seinen Erben gemacht sein soll. Der Bedachte erwirbt in diesem Falle mit dem Erbfall eine Anwartschaft, die gleich andern bedingten Rechten einen Bestandteil seines Vermögens bildet. Der Vermächtnisanspruch kommt jedoch nach der allgemeinen Vorschrift des § 158 Abs 1 erst mit Eintritt der Bedingung zur Entstehung. Dies bringt das Gesetz dadurch zum Ausdruck, daß es bis dahin den Anfall des Vermächtnisses hinausschiebt.

2. Handelt es sich dagegen um eine Zuwendung **unter Bestimmung eines Anfangstermins**, so kommt § 2074 von vornherein nicht in Frage. Die Zuwendung ist, wie im Falle A 1, b, zwar regelmäßig als feste Anwartschaft erworben, aber auch hier soll der Vermächtnisanspruch als künftiges Recht erst mit dem Anfangstermin zur Entstehung kommen (§ 163). Insbesondere ist nicht bloß die Fälligkeit des Anspruchs (§ 2181), sondern der Anfall selbst hinausgeschoben. Dies hat namentlich zur Folge, daß der Bedachte erst vom Eintritte des Termins ab auf die Früchte Anspruch hat (§ 2184). Doch ist zuzusehen, ob nach dem wahren Willen des Erblassers nicht sofortiger Anfall und nur Aufschub der Fälligkeit gewollt ist. So insbesondere, wenn dem X 1000, zahlbar 10 Jahre nach dem Tode des Erblassers, mit der Bestimmung vermacht sind, daß der Beschwerte bis dahin die Zinsen zu zahlen habe. Auch beim Vermächtnis wiederkehrender Leistungen ist Tatfrage, ob das Bezugsrecht als sofort anfallendes einheitliches Recht, oder ob eine Reihe einzelner nach § 2177 zu beurteilender Vermächtnisse zugewendet sind. So kann eine Jahresrente auf die Lebenszeit des Sohnes und Erben diesem, zugleich als Vorausvermächtnis, von seinem Tode ab aber dem Enkel vermacht sein (**RG** 14. 3. 07 IV 468/06). Bei der Leibrente wird es sich nach **RG** 67, 210 immer um ein derartiges in sich geschlossenes einheitliches Recht handeln. In den Fällen des § 2177 ist das Vermächtnis nur wirksam, wenn und soweit der Anfall innerhalb der zeitlichen Grenzen der §§ 2162, 2163 stattfindet. Hinausschiebung des Vermächtnisanfalls beim gemeinschaftlichen Testamente (§ 2269 Abs 2) und beim Erbvertrag (§ 2280). Der Fall, daß der Gegenstand der Zuwendung selbst in einem bedingten oder betagten Rechte besteht, hat nichts Besonderes. Nur darauf kommt es an, ob die Zuwendung bedingt oder betagt gewollt ist.

§ 2178

Ist der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt oder wird seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt, so erfolgt der Anfall des Vermächtnisses im ersteren Falle mit der Geburt, im letzteren Falle mit dem Eintritte des Ereignisses[1]).

E I 1867 Nr 2, 3 II 2048 M 5, 180, 181 P 5, 210—212.

1. Abweichend von der Erbfolge (§ 1923), aber übereinstimmend mit der Nacherbfolge (§§ 2101, 2105) läßt das Gesetz ein Vermächtnis wirksam werden, das einem bei Eintritt des Erbfalls **noch nicht einmal erzeugten** oder **noch nicht bestimmten Bedachten** zugewendet ist, vorausgesetzt, daß die zeitlichen Grenzen der §§ 2162, 2163 innegehalten sind. Der Anfall wird aber in diesen Fällen bis zur Hebung der Unbestimmtheit hinausgeschoben (§ 2106 Abs 2). War der Bedachte bei Eintritt des Erbfalls bereits erzeugt, so wird der Anfall nach der entsprechend anzuwendenden Regel des § 1923 Abs 2 von der Geburt auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückbezogen. Es bleibt mithin bei der Regel des § 2176. Der Wortlaut des Gesetzes deckt auch den Fall, daß eine noch nicht entstandene **juristische Person** bedacht ist. Ist der Erblasser zugleich deren Stifter, so gilt sie nach § 84 im Falle späterer Genehmigung als schon mit seinem Tode entstanden und auch hier bleibt es bei der Regel des § 2176.

§ 2179

Für die Zeit zwischen dem Erbfall und dem Anfalle des Vermächtnisses finden in den Fällen der §§ 2177, 2178 die Vorschriften Anwendung, die für den Fall gelten, daß eine Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung geschuldet wird[1]).

E I 1867 Abs 3 II 2049 M 5, 179—181 P 5, 211, 212.

1. Wenn auch während des Schwebens der Bedingung, vor Eintritt des Anfangstermins und solange die Unbestimmtheit des Bedachten andauert (§§ 2177, 2178) ein Schuldverhältnis im Sinne von § 2174 noch nicht besteht, so sind doch nach Maßgabe der §§ 158—163 bereits für die **Zwischenzeit Pflichten des Beschwerten** vorhanden. Insbesondere macht er sich nach § 160 Abs 1 durch schuldhafte Vereitelung oder Beeinträchtigung des Vermächtnisses dem Bedachten schadensersatzpflichtig und muß nach § 162 Abs 1, wenn er den Eintritt der Bedingung arglistig verhindert, die Bedingung als eingetreten gelten lassen. Der Bedachte

kann die ihm aus Verschulden des Beschwerten entstandenen Schadensersatz- und Surrogatsansprüche (§ 281) erst nach Anfall des Vermächtnisses geltend machen. Schon vorher ist aber nicht ausgeschlossen, daß er sich durch einstweilige Verfügung sichert (ZPO §§ 916 Abs 2, 936 KO § 67). Geeignetenfalls sind die Rechte des Bedachten durch einen Pfleger wahrzunehmen (§ 1913). Auch wenn er vor Annahme der Erbschaft oder des mit einem Untervermächtnis beschwerten Vermächtnisses der Zuwendung arglistig entgegenhandelt, macht sich der Beschwerte haftbar (§ 2174 A 1). Entsprechende Verpflichtungen entstehen nach § 160 Abs 2 auf seiten des Bedachten, wenn ihm das Vermächtnis unter einer auflösenden Bedingung zugewendet war. Nach § 159 endlich kann der Erblasser, innerhalb der Zeitgrenzen der §§ 2161, 2162 die Rückbeziehung des Anfalls auf einen früheren Zeitpunkt und damit zugleich die Herausgabe der Früchte von diesem Zeitpunkt ab anordnen (§ 2184).

§ 2180

Der Vermächtnisnehmer kann das Vermächtnis nicht mehr ausschlagen, wenn er es angenommen hat[1]).

Die Annahme sowie die Ausschlagung des Vermächtnisses erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten[2]). Die Erklärung kann erst nach dem Eintritte des Erbfalls abgegeben werden; sie ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird[3]).

Die für die Annahme und die Ausschlagung einer Erbschaft geltenden Vorschriften des § 1950, des § 1952 Abs. 1, 3 und des § 1953 Abs. 1, 2 finden entsprechende Anwendung[4]).

E I 1873 II 2050 M 5, 186—189 P 5, 216—220.

1. Zum Erwerbe des Vermächtnisses bedarf es an sich (wie auch bei der Erbschaft § 1943 A 1) keiner **Annahme.** Der Vermächtnisanspruch entsteht vielmehr unmittelbar kraft des Gesetzes (§ 2176 A 1). Hat der Bedachte aber die Annahme (zu unterscheiden von der Annahme des geleisteten Vermächtnisgegenstandes) einmal erklärt, so ist sie und ebenso ist die einmal erklärte Ausschlagung (wie bei der Erbschaft §§ 1943 A 1 1945 A 1) unwiderruflich. Abweichend von der Erbschaft (§ 1944 A 1) besteht jedoch für das Vermächtnis keine Ausschlagungsfrist. Das — noch nicht angenommene — Vermächtnis kann mithin jederzeit, auch von den Erben des Bedachten (Abs 3) noch ausgeschlagen werden. Nur in dem besonderen Falle des § 2307 Abs 2 darf der mit einem Vermächtnisse beschwerte Erbe dem bedachten Pflichtteilsberechtigten zur Erklärung Frist setzen.

2. Weder die **Annahme,** noch die **Ausschlagungserklärung** sind (wie bei der Erbschaft § 1945) an eine Form gebunden. Beide können somit auch stillschweigend abgegeben werden. So insbesondere die Annahme durch Annahme der Vermächtnisleistung, die Ausschlagung durch deren Verweigerung oder dadurch, daß der Bedachte eine anderweite Verfügung über den Vermächtnisgegenstand geschehen läßt. Beide können wirksam nur **gegenüber dem Beschwerten** (§§ 130—132), nicht also, wie für Ausschlagung der Erbschaft vorgeschrieben (§ 1945 A 2), gegenüber dem Nachlaßgericht abgegeben werden. Doch ist die Ausschlagung wirksam, wenn sie dem Nachlaßgericht zugegangen und von diesem dem vermutlichen Willen des Erklärenden gemäß dem Beschwerten übermittelt ist (RG 19. 3. 06 IV 496/05). Ist der Erbe der Beschwerte, so ist die Erklärung auch gegenüber dem Nachlaßpfleger (§§ 1960 A 5, 1961 A 2) und dem verwaltenden Testamentsvollstrecker wirksam (§ 2213).

3. Die vor **Eintritt des Erbfalls** (§ 1922) abgegebene Annahme- oder Ausschlagungserklärung bindet den Bedachten nicht. Nur Verzicht durch Vertrag mit dem Erblasser ist zulässig, § 2352. Wohl aber können die Erklärungen schon vor Anfall des Vermächtnisses erfolgen, wenn der Anfall über den Zeitpunkt des Erbfalls hinausgeschoben ist (§ 2176 A 1), insbesondere also schon vor Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins (§ 2177). Das Verbot der Bedingung und Zeitbestimmung entspricht dem § 1947.

4. Gemäß **§ 1950** können Annahme und Ausschlagung nicht wirksam auf einen Teil des Vermächtnisses beschränkt werden. Wohl aber kann grundsätzlich der mit mehreren Vermächtnissen Bedachte das eine annehmen und das andere ausschlagen. Nach **§ 1952** Abs 1 ist das Annahme- und Ausschlagungsrecht vererblich, nach Abs 3 kann von mehreren Erben des Bedachten jeder den seinem Erbteil entsprechenden Teil des Vermächtnisses ausschlagen. Nach **§ 1953** Abs 1, 2 wird die Wirkung der Ausschlagung auf den Zeitpunkt des Vermächtnisanfalls zurückbezogen. Das Vermächtnis gilt in diesem Falle, soweit nicht Anwachsung eintritt (§§ 2158, 2159), als sogleich dem Ersatzbedachten (§ 2190) angefallen. Von der einmal erklärten Annahme oder Ausschlagung wird zugleich auch das erst künftig anwachsende Vermächtnis mitergriffen. Der Ersatzbedachte braucht nicht, wie der Ersatzerbe, im Falle des § 1953 Abs 2 schon zur Zeit des Erbfalls gelebt zu haben (§ 2160 A 1).

Er muß aber auch nicht notwendig den Vermächtnisanfall selbst erlebt haben, wenn dessen Zeitpunkt nach §§ 2176—2178 hinausgeschoben war. Fällt vielmehr der zunächst Bedachte weg, nachdem er bereits eine Anwartschaft auf das Vermächtnis erworben hatte (§ 2177 A 1), so rückt der Ersatzbedachte in dieses Anwartschaftsrecht ein und vererbt es an seine Erben, wenn er selbst vor dem eigentlichen Vermächtnisanfall verstirbt. Das Untervermächtnis wird durch Ausschlagung des beschwerten Hauptvermächtnisses nicht berührt (§ 2161). — Im übrigen unterliegen Annahme und Ausschlagung den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen §§ 116 ff., so insbesondere über Vertretung und Vollmacht §§ 164 ff., Einwilligung und Genehmigung §§ 182 ff. Die Frau bedarf nicht der Zustimmung des Mannes (§§ 1406 Nr 1, 1453, 1519, 1549), Gewalthaber (s. jedoch § 1643) und Vormund können nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausschlagen (§§ 1643, 1822 Nr 2). Die Anfechtung unterliegt, außer in dem Sonderfalle des Pflichtteilsberechtigten § 2308, nicht den für die Erbschaft gegebenen (§§ 1954—1957), sondern den allgemeinen Vorschriften der §§ 142 ff. Die Ausschlagung ist nicht Schenkung § 517. Im Konkurs ist nur der Gemeinschuldner zur Annahme oder Ausschlagung des vor Eröffnung des Verfahrens angefallenen Vermächtnisses befugt, KO § 9.

§ 2181

Ist die Zeit der Erfüllung eines Vermächtnisses dem freien Belieben des Beschwerten überlassen, so wird die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Beschwerten fällig[1]).

E I 1766 II 2051 M 5, 31 P 5, 21.

Entsprechend anwendbar auf die Auflage § 2192.

1. Die Vorschrift läßt den nach §§ 2176 ff. sich bestimmenden Zeitpunkt des Vermächtnisanfalls unberührt, sie schiebt nur wie in § 2186 „im Zweifel" die Fälligkeit des bereits entstandenen Anspruchs hinaus (§ 271). Ob dem Bedachten auch die Früchte bis zum Tode gebühren sollen (§ 2184), ist Sache freier Auslegung.

§ 2182

Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache vermacht, so hat der Beschwerte die gleichen Verpflichtungen wie ein Verkäufer nach den Vorschriften des § 433 Abs. 1, der §§ 434 bis 437, des § 440 Abs. 2 bis 4 und der §§ 441 bis 444[1]).

Dasselbe gilt im Zweifel, wenn ein bestimmter nicht zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht ist, unbeschadet der sich aus dem § 2170 ergebenden Beschränkung der Haftung[2]).

Ist ein Grundstück Gegenstand des Vermächtnisses, so haftet der Beschwerte im Zweifel nicht für die Freiheit des Grundstücks von Grunddienstbarkeiten, beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und Reallasten[3]).

E I 1879 II 2052 M 5, 196—198 P 5, 226—230.

1. **Gewährleistung beim Gattungsvermächtnis** (§ 2155). Sie bestimmt sich im Mangel anderer Bestimmungen des Erblassers nach den ergänzend anzuwendenden Vorschriften **für Rechtsmängel** (Sachmängel vgl. § 2183) wie folgt. § 433 Abs 1: Der Beschwerte hat dem Bedachten die Sache zu übergeben und ihm daran das Eigentum zu verschaffen, und zwar nach § 434 frei von Rechten Dritter, nach § 435 unter kostenfreier Löschung nicht bestehender, im Grundbuch oder Schiffsregister eingetragener Rechte, jedoch gemäß § 436 ohne Haftung für Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und andern nicht eintragungsfähigen öffentlichen Lasten; § 437 Abs 2 (Abs 1 kommt nur für das Verschaffungsvermächtnis A 2 in Frage): beim Vermächtnis von Wertpapieren haftet der Beschwerte dafür, daß sie nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten sind. § 440 Abs 2 bis 4 macht den Beschwerten, wenn er die vermachte bewegliche Sache dem Bedachten übergeben hat, unter gewissen Voraussetzungen wegen Entwährung schadensersatzpflichtig, § 441 ebenso wenn Besitzrechte vermacht sind. § 442 erklärt den Bedachten für Mängel im Rechte beweispflichtig, § 443 spricht im Falle der Arglist des Beschwerten einer auf Erlaß oder Beschränkung der Gewährleistungspflicht gerichteten Vereinbarung die Wirksamkeit ab, § 444 endlich begründet eine Verpflichtung des Beschwerten zur Auskunftserteilung und zur Herausgabe von Beweisurkunden.

2. Beim **Verschaffungsvermächtnis** (§ 2170) gelten „im Zweifel", somit nur als Auslegungsregel dieselben Grundsätze, gleichviel ob es sich um das Vermächtnis einer körper-

lichen Sache oder eines Rechtes handelt (§ 90). Im letzteren Falle hat der Beschwerte, wenn das vermachte Recht zum Besitz der Sache berechtigt, dem Bedachten auch die Sache zu übergeben (§ 433 Abs 1). Im übrigen haftet er nur für nomen verum (§ 437 Abs 1), hat deshalb auch etwaige Mängel des verschafften Rechts zu beseitigen. Jede Haftung entfällt, wenn der Beschwerte gemäß § 2170 Abs 2 den Wert entrichtet hat.

3. Beim **Vermächtnis eines zu verschaffenden Grundstücks** wird die aus § 434 sich ergebende Verpflichtung des Beschwerten, das Grundstück frei von Rechten Dritter zu verschaffen, außer durch § 436 noch dahin eingeschränkt, daß der Beschwerte nicht für die Freiheit von Grunddienstbarkeiten (§ 1018 ff.), beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1090 ff.) und Reallasten (§§ 1105 ff.) einzustehen hat. Wohl aber ist er abweichend von § 2165 A 1 beim Verschaffungsvermächtnis im Zweifel zur Beseitigung der darauf ruhenden Grundschulden und Hypotheken usw. verpflichtet. — Aus dem Gesagten ergibt sich für die Haftung des Beschwerten im übrigen, daß er für Sachmängel, außer beim Gattungsvermächtnis in den Grenzen des § 2183 überhaupt nicht, und daß er, wenn eine zur Erbschaft gehörende species vermacht ist, auch nicht für Mängel im Rechte einzustehen hat (§ 2165 A 1). Beim Wahlvermächtnis (§ 2154) bestimmt sich der Umfang der Haftung nach der Natur des gewählten Gegenstandes. — Soweit der gutgläubige Vermächtnisnehmer durch § 932 geschützt ist, hat er gegen den Beschwerten keinen Gewährleistungsanspruch, auch nicht insoweit er nach § 816 A 4 zur Herausgabe der Bereicherung genötigt worden ist.

§ 2183

Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache vermacht, so kann der Vermächtnisnehmer, wenn die geleistete Sache mangelhaft ist, verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Hat der Beschwerte einen Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Vermächtnisnehmer statt der Lieferung einer mangelfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen[1]). Auf diese Ansprüche finden die für die Gewährleistung wegen Mängel einer verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[2]).

E I 1879 II 2053 M 5, 196—198 P 5, 226—230.

1. Eine **Gewährleistung für Sachmängel** (Rechtsmängel § 2182) findet nur beim Gattungsvermächtnis (§ 2155) statt. Der Bedachte ist aber von den drei im Falle des Gattungskaufs ihm zur Verfügung gestellten Ansprüchen des § 480 Abs 1 nur auf den dritten: Lieferung einer mangelfreien Sache und entsprechend § 480 Abs 2 auf Schadensersatz wegen arglistiger Verschweigung eines Fehlers beschränkt. Die Ansprüche auf Minderung und Wandelung kommen der Natur der Sache nach hier nicht in Frage.

2. Die **entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften** §§ 459 ff. ergibt insbesondere, daß Kenntnis des Mangels auf seiten des Bedachten grundsätzlich die Haftung ausschließt (§§ 460, 464) und daß die Ansprüche bei beweglichen Sachen in 6 Monaten verjähren (§ 477). Viehmängel §§ 481 ff.

§ 2184

Ist ein bestimmter zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht[1]), so hat der Beschwerte dem Vermächtnisnehmer auch die seit dem Anfalle des Vermächtnisses gezogenen Früchte[2]) sowie das sonst auf Grund des vermachten Rechtes Erlangte herauszugeben[3]). Für Nutzungen, die nicht zu den Früchten gehören, hat der Beschwerte nicht Ersatz zu leisten[4])[5]).

E I 1878 II 2054 Abs 1 M 5 194—196 P 5, 221—225, 230—232.

1. **Herausgabe der Früchte** kommt nur in Frage, wenn ein bestimmter zur Erbschaft gehörender Gegenstand, Sache oder Recht (§ 90) vermacht ist. Also nicht beim Gattungsvermächtnis (§ 2155), wo es sich nur um Verzugsfolgen nach §§ 286 ff. handeln kann. Beim Wahlvermächtnis (§ 2154) ist vorgängige Bestimmung des Gegenstandes durch Vollziehung der Wahl vorausgesetzt. Die Vorschriften des § 2184 sind übrigens nur ergänzender Natur.

2. Herauszugeben sind die natürlichen oder bürgerlichen Früchte (§ 99), die der Beschwerte **seit Anfall des Vermächtnisses** (§§ 2176—2178) wirklich aus dem Gegenstande des Vermächtnisses gezogen hat, gleichviel ob auch der Bedachte bei sofortiger Erfüllung die Früchte gezogen haben würde. Ist ein Wohnungsrecht Gegenstand des Vermächtnisses, so kommt Fruchtbezug aus diesem Rechte nicht in Frage (OLG 6, 313).

3. **Auf Grund des vermachten Rechts** können **erlangt** sein die Schatzhälfte (§ 984), die Anlandung EG Art 65, durch Verbindung der vermachten Sache hinzugefügte Bestand-

teile (§§ 946, 947 Abs 2), während der infolge Untergangs des Vermächtnisgegenstandes erlangte Ersatz oder Ersatzanspruch schon durch § 281 von der Herausgabepflicht betroffen wird.

4. Dagegen verbleiben dem Beschwerten die **Nutzungen**, soweit sie bloß in den Vorteilen bestehen, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt (§ 100, z. B. Gartengenuß, Wohnen in dem vermachten Hause), auf solange, als er mit Erfüllung des Vermächtnisanspruchs nicht in Verzug gerät.

5. Nach **allgemeinen Grundsätzen** haftet der Beschwerte für die Früchte nur unter Abzug der Gewinnungskosten (§ 102), gegebenenfalls nach den Teilungsgrundsätzen des § 101 und soweit die Früchte in Natur nicht mehr vorhanden sind, auf Bereicherung. Anderseits steigert sich seine Herausgabepflicht durch Eintritt des Verzugs nach §§ 286 ff. und von der Rechtshängigkeit ab nach den § 292 in bezug genommenen Grundsätzen. Nach § 990 ist die Kenntnis des Beschwerten von seiner Erfüllungspflicht der Rechtshängigkeit gleichgestellt. Insbesondere sind von da ab auch die Nutzungen herauszugeben und ist für versäumte Nutzungen Ersatz zu leisten (§ 987).

§ 2185

Ist eine bestimmte zur Erbschaft gehörende Sache vermacht[1]), so kann der Beschwerte für die nach dem Erbfall auf die Sache gemachten Verwendungen sowie für Aufwendungen, die er nach dem Erbfalle zur Bestreitung von Lasten der Sache gemacht hat, Ersatz nach den Vorschriften verlangen, die für das Verhältnis zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer gelten[2]).

E I 1880 II 2055 M 5, 199—204 P 5, 233—236.

1. Wie in § 2184 ist vorausgesetzt, daß es sich um eine **bestimmte zur Erbschaft gehörende Sache** handelt. Rechte (§ 90) kommen nicht in Frage. Beim Wahl-, Gattungs- und Verschaffungsvermächtnis (§§ 2154, 2155, 2170) kann deshalb nur nach allgemeinen Grundsätzen ein etwaiger Bereicherungsanspruch des Beschwerten in Frage kommen.

2. Der **Ersatzanspruch des Beschwerten wegen Verwendungen und Aufwendungen** regelt sich nach Vorschrift der §§ 994—1003. Er besteht grundsätzlich schon wegen der vom Erbfall (§ 2176), nicht erst von dem etwa hinausgeschobenen Vermächtnisanfall ab (§§ 2177, 2178) gemachten Verwendungen. Hierzu gehören nach Befinden auch die in Ansehung des Vermächtnisgegenstandes entstandenen Rechtsstreitskosten. Bezüglich der Lasten der Sache ist nicht unterschieden zwischen öffentlichen und privatrechtlichen, gewöhnlichen und außerordentlichen Lasten (so §§ 103, 1047, 2126). Doch ist insoweit gemäß §§ 994 Abs 1 Satz 2, 995 Satz 2 der Ersatzanspruch eingeschränkt für die Zeit, für welche dem Beschwerten die Nutzungen der Sache verbleiben. Dies trifft nach § 2184 regelmäßig zu für die Zeit vom Erbfall bis zum Vermächtnisanfall. Da aber nach § 2184 A 4 dem Beschwerten die Nutzungen, soweit sie in Gebrauchsvorteilen bestehen, noch darüber hinaus zukommen können, so hat er auch für diejenigen Verwendungen keinen Ersatzanspruch, welche er zu eben diesen Gebrauchszwecken gemacht hat (Fütterung des von ihm benutzten Zug- oder Reitpferdes). In demselben Umfange ist nach § 256 auch der Zinsanspruch des Beschwerten eingeschränkt. Anspruch auf Befreiung von Verbindlichkeiten § 257. — Im einzelnen genügt hervorzuheben: Der Beschwerte kann notwendige Verwendungen immer, jedoch soweit sie nach erlangter Kenntnis vom eingetretenen (nicht von dem künftig erst bevorstehenden, so Planck A 2, a) Vermächtnisanfall gemacht sind (§ 990), nur nach den Vorschriften über auftragslose Geschäftsführung ersetzt verlangen, §§ 994, 995. Insoweit der beschwerte Erbe gegen den Willen des Bedachten, aber in Ausübung seiner Verwaltungspflicht Aufwendungen vornimmt, steht ihm nach § 1978 Abs 3 der Ersatzanspruch nur gegen den Nachlaß, nicht gegen den Bedachten zu (§ 683; a. M. Strohal I § 33 A 27[1]). Wegen anderer als notwendiger Aufwendungen besteht der Ersatzanspruch nur, soweit sie vor Kenntnis des Vermächtnisanfalls gemacht sind und der Wert der Sache hierdurch erhöht bleibt, § 996. Der Beschwerte kann auch die Ersatzansprüche eines Rechtsvorgängers (Vorerben, Vorvermächtnisnehmers) geltend machen, § 999, die von ihm verbundene Sache abtrennen, § 997 und seinen Ersatzanspruch sowohl klageweise als durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechts verfolgen, §§ 1000—1003, 273. Der Bedachte kann sich vom Ersatzanspruch durch Zurückgabe befreien, § 1001.

§ 2186

Ist ein Vermächtnisnehmer mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so ist er zur Erfüllung erst dann verpflichtet, wenn er die Erfüllung des ihm zugewendeten Vermächtnisses zu verlangen berechtigt ist[1])[2]).

E I 1877 II 2056 M 5, 192, 193 P 5, 221.

1. **Fälligkeit des Untervermächtnisses** (§ 2147 A 2). Ist das damit beschwerte Hauptvermächtnis selbst noch nicht angefallen (§§ 2176—2178), so kann von Geltendmachung des

Untervermächtnisses regelmäßig nicht die Rede sein. Vorausgesetzt ist vielmehr, daß beide Vermächtnisse angefallen sind, daß aber die Fälligkeit des Untervermächtnisses vor derjenigen des Hauptvermächtnisses eintritt, sei es infolge letztwilliger Anordnung (X soll dem Y, wenn es ihm beliebt 1000, Y aber der Z bei ihrer Verheiratung 500 auszahlen, § 2181), sei es weil sich die Erfüllung des Hauptvermächtnisses wegen Verzögerung der Erbschaftsannahme (§ 1958) oder durch Geltendmachung der aufschiebenden Einreden hinauszieht (§§ 2014, 2015). In diesen Fällen wird auch die Fälligkeit des Untervermächtnisses entsprechend hinausgeschoben. — Fürsorge für Ausführung der auferlegten Beschwerungen durch einen Testamentsvollstrecker § 2223.

2. **Beweislast.** Der Untervermächtnisnehmer hat im Bestreitungsfalle die Fälligkeit beider Vermächtnisse nachzuweisen. Dagegen gehört nicht zur Klagebegründung, daß das Hauptvermächtnis von dem damit Bedachten angenommen oder gar, daß es schon erfüllt sei. Es genügt, daß er es „zu verlangen berechtigt ist". Behauptet der Beschwerte das Hauptvermächtnis ausgeschlagen zu haben (§ 2180), so ist er damit beweispflichtig. Schlägt er erst nach der Klagerhebung aus, so wird die Klage hinfällig, der Untervermächtnisnehmer trägt die Kosten und wird nur ausnahmsweise aus § 826 Schadloshaltung fordern dürfen.

§ 2187

Ein Vermächtnisnehmer, der mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert ist, kann die Erfüllung auch nach der Annahme des ihm zugewendeten Vermächtnisses insoweit verweigern, als dasjenige, was er aus dem Vermächtnis erhält, zur Erfüllung nicht ausreicht[1]).

Tritt nach § 2161 ein anderer an die Stelle des beschwerten Vermächtnisnehmers, so haftet er nicht weiter, als der Vermächtnisnehmer haften würde[2]).

Die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften des § 1992 finden entsprechende Anwendung[3]).

E I 1876 Abs 2, 1881 II 2057 M 5, 190, 191, 206, 207 P 5, 221, 227, 834, 835.

1. Entsprechend der beschränkten Haftung des Erben (ähnlich auch bei der Schenkung § 526) reicht die **Haftung des mit einem Untervermächtnis beschwerten Hauptvermächtnisnehmers** nicht weiter als auf dasjenige, was er selbst aus dem Hauptvermächtnis erhält. Ob er das letztere schon angenommen hat oder nicht, ist gleichgültig. Sind dem X 100 vermacht und ist er zugunsten des Z mit 1000 beschwert, so hat Z nur auf 100 Anspruch. Der Beschwerte kann deshalb einwenden und hat gegebenenfalls zu beweisen, daß das Hauptvermächtnis von vornherein oder z. B. weil er es nur zum Teil habe beitreiben können, zur Erfüllung des Untervermächtnisses nicht ausreiche. Er bleibt jedoch durch das nach § 2174 begründete Schuldverhältnis dem Untervermächtnisnehmer zur Sorgfalt in Geltendmachung seines eigenen Vermächtnisses verpflichtet und kann ihm aus Verschulden mit dem eigenen Vermögen haftbar werden. Keinesfalls ist er genötigt, den Zweitbedachten vorschußweise zu befriedigen. — Weiteres Kürzungsrecht § 2188.

2. Auch wenn der durch Wegfall des Hauptvermächtnisses freiwerdende Erbe oder wenn ein Anwachsungsberechtigter oder der vielleicht auch ohnedies bedachte Ersatzvermächtnisnehmer (§§ 2159, 2161) zur Erfüllung des Untervermächtnisses aus den ihm sonst gewordenen Zuwendungen an sich imstande wäre oder wenn der Erbe unbeschränkt haftete, bleibt auch seine, **des andern Haftung in gleichem Umfange beschränkt** wie nach Abs 1.

3. Es gelten die **Grundsätze der Unzulänglichkeitseinrede,** wobei der Wert des Hauptvermächtnisses dem Nachlaß im Sinne von §§ 1990—1992 entspricht. Hiernach hat der Beschwerte, wenn er die Unzulänglichkeit nicht schon im Prozesse nachweist, nach ZPO § 786 den Vorbehalt der beschränkten Haftung im Urteile zu erwirken und demnächst in der Zwangsvollstreckung seine Einwendungen geltend zu machen. Er hat das aus dem Hauptvermächtnis Erlangte dem Zweitbedachten zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben und kann sich durch Abtretung des eigenen Vermächtnisanspruchs (§ 1990 Abs 1), aber auch durch Auszahlung des Wertes des Hauptvermächtnisses (§ 1992 Satz 2) von jedem Anspruch des Zweitbedachten befreien. Nach §§ 1991, 1978, 1979 ist er ihm für Vereitelung seiner Befriedigung verantwortlich, anderseits zu Ersatzansprüchen noch über § 2185 hinaus berechtigt. Die Wirkung der Konfusion tritt nicht ein (§ 1991 Abs 2), die rechtskräftige Verurteilung des Beschwerten zur Leistung eines Untervermächtnisses wirkt andern Zweitbedachten gegenüber wie Befriedigung (§ 1991 Abs 3). Mehrere Untervermächtnisse hat er in der Reihenfolge des § 1991 Abs 4 (vgl. aber auch § 2189) zu erfüllen.

§ 2188

Wird die einem Vermächtnisnehmer gebührende Leistung auf Grund der Beschränkung der Haftung des Erben, wegen eines Pflichtteilsanspruchs oder

in Gemäßheit des § 2187 gekürzt, so kann der Vermächtnisnehmer, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, die ihm auferlegten Beschwerungen verhältnismäßig kürzen[1]).

E I 1882 II 2058 M 5, 207 P 5, 237.

1. **Verhältnismäßige Kürzung der Beschwerungen.** Zu einer Kürzung des beschwerten Hauptvermächtnisses kann es kommen a) auf Grund der Haftungsbeschränkung des Erben, soweit das Vermächtnis im Nachlaßkonkurs (KO § 226) oder infolge Geltendmachung der Unzulänglichkeitseinrede (§§ 1990—1992) ausfällt. b) wegen eines Pflichtteilsanspruchs §§ 2318, 2322—2324; c) gemäß § 2187, wenn der Beschwerte selbst schon als Untervermächtnisnehmer eine Kürzung erfahren hatte und nun einem Drittbedachten gegenübersteht. In diesen Fällen ist er nach der zu vermutenden, aber durch den Bedachten widerlegbaren Absicht des Erblassers auch dann berechtigt, die erlittene Einbuße verhältnismäßig auf den Bedachten zu übertragen, wenn das Vermächtnis trotz der Kürzung an sich zur vollen Befriedigung des Bedachten ausreichen würde. Sind ihm von 1000 Hauptvermächtnis 250 = 1/4 gekürzt, so kann er von 200 Untervermächtnis gleichfalls 1/4 = 50 abziehen. Ist die Kürzung wegen Unteilbarkeit der Zuwendung ausgeschlossen und versteht sich der Nächstbedachte nicht zur Abfindung, so braucht der Beschwerte nur den entsprechend gekürzten Wert der Zuwendung zu leisten.

§ 2189

Der Erblasser kann für den Fall, daß die dem Erben oder einem Vermächtnisnehmer auferlegten Vermächtnisse und Auflagen auf Grund der Beschränkung der Haftung des Erben, wegen eines Pflichtteilsanspruchs oder in Gemäßheit der §§ 2187, 2188 gekürzt werden, durch Verfügung von Todes wegen anordnen, daß ein Vermächtnis oder eine Auflage den Vorrang vor den übrigen Beschwerungen haben soll[1]).

E I 2117 Abs 2 Nr 4 II 2059 M 5, 638 P 5, 770; 6, 319.

1. Hat X von den ihm zugewendeten 1200 an A, B und C je 100, 400 und 1000 zu entrichten und ist angeordnet, daß C den **Vorrang** haben soll, so empfängt C volle 1000, in den Rest von 200 teilen sich A und B nach dem Verhältnis von 1 : 4, es empfangen somit A 40, B 160. Eine derartige Ranganordnung bleibt auch im Nachlaßkonkurse wirksam, das dem Pflichtteil gleichkommende Vermächtnis rangiert jedoch vor den übrigen Beschwerungen (KO § 226 Abs 3).

§ 2190

Hat der Erblasser für den Fall, daß der zunächst Bedachte das Vermächtnis nicht erwirbt, den Gegenstand des Vermächtnisses einem andern zugewendet, so finden die für die Einsetzung eines Ersatzerben geltenden Vorschriften der §§ 2097 bis 2099 entsprechende Anwendung[1]).

E I 1871 Abs 2 Satz 2, 1883 II 2060 M 5, 186, 207, 208 P 5, 216, 237.

1. **Ersatzvermächtnis** entsprechend der Berufung eines Ersatzerben § 2096. Die entsprechend anwendbaren Vorschriften ergeben nach § 2097: es macht keinen Unterschied, ob der Ersatzbedachte für den Fall berufen ist, daß der Erstbedachte das Vermächtnis nicht annehmen kann oder nicht annehmen will. § 2098: Die Gleichartigkeit mit der Erbeinsetzung ist nur dann gegeben, wenn die mehreren Bedachten zu Bruchteilen auf denselben Vermächtnisgegenstand berufen sind. Sind sie sich in diesem Falle zugleich gegenseitig oder sind für einen die übrigen substituiert, so rücken sie nach Verhältnis des einem jeden zugewendeten Vermächtnisses ein. Sind mehrere mit selbständigen Vermächtnissen Bedachte sich gegenseitig substituiert, so rücken sie nach Kopfteilen ein. Abs 2 ergibt den Vorrang der zu einer Untergruppe vereinigten vor den übrigen Ersatzbedachten, § 2099 den Vorrang der Ersatzberufung vor dem Anwachsungsrecht (§ 2158). Der Nachvermächtnisnehmer gilt zugleich als Ersatzbedachter, §§ 2191 Abs 2, 2102. Die Abkömmlinge eines bedachten eigenen Abkömmlings gelten immer zugleich als Ersatzbedachte, § 2069. Darüber, ob der Ersatzbedachte den Erbfall oder den Vermächtnisanfall erlebt haben müsse vgl. § 2180 A 4.

§ 2191

Hat der Erblasser den vermachten Gegenstand von einem nach dem Anfalle des Vermächtnisses eintretenden bestimmten Zeitpunkt oder Ereignis

an einem Dritten zugewendet, so gilt der erste Vermächtnisnehmer als beschwert[1]).

Auf das Vermächtnis finden die für die Einsetzung eines Nacherben geltenden Vorschriften des § 2102, des § 2106 Abs. 1, des § 2107 und des § 2110 Abs. 1 entsprechende Anwendung[2]).

E I 1884, 1885 II 2061 M 5, 208—211 P 5, 237.

1. **Nachvermächtnis.** Der Nachvermächtnisnehmer erwirbt den Anspruch auf den Vermächtnisgegenstand (species oder vertretbare Sache, Geld), nachdem zuvor ein anderer, der Vorvermächtnisnehmer denselben Gegenstand gehabt hat (§ 2100). Beschwerter und somit Schuldner des durch § 2174 begründeten Anspruchs ist der erste Vermächtnisnehmer, nicht der Erbe.

2. § 2102: Der mit einem Nachvermächtnis Bedachte gilt im Zweifel zugleich, wenn aber die Art seiner Berufung zweifelhaft ist, nur als Ersatzbedachter. § 2106 Abs 1: In Ermangelung anderer Bestimmungen fällt das Nachvermächtnis den späteren Bedachten mit dem Tode des Vorvermächtnisnehmers an. § 2107: Das Nachvermächtnis ist im Zweifel nur gewollt, wenn der zunächst bedachte Abkömmling des Erblassers ohne Nachkommenschaft stirbt. § 2110 Abs 1: Das Nachvermächtnis erstreckt sich im Zweifel auf das dem Vorvermächtnisnehmer infolge Wegfalls eines Mitbedachten angefallene Vermächtnis. — Von den auf das Nachvermächtnis nicht übertragenen Vorschriften ist hervorzuheben: Das Nachvermächtnis fällt nicht unmittelbar kraft Gesetzes an (§ 2139), sondern erzeugt nur den schuldrechtlichen Anspruch des § 2174. Der Vorvermächtnisnehmer ist demgemäß auch nicht wie der Vorerbe (§§ 2112 ff.) in der Verfügung über den Vermächtnisgegenstand dinglich beschränkt, ist aber dem Nachbedachten schon vorher schuldrechtlich verhaftet (§ 2179), jedoch nicht, entsprechend dem nicht mit angezogenen § 2128, zur Sicherheitsleistung verpflichtet (RG Warn 10 Nr 157). Die Surrogationsgrundsätze (§ 2111) kommen nur beschränkt zur Anwendung (§§ 2164 A 2, 2169 A 3). Das Nachvermächtnis kann nacheinander beliebig vielen Bedachten anfallen, unterliegt aber der zeitlichen Beschränkung der §§ 2162, 2163.

Fünfter Titel

Auflage

Die Begriffsbestimmung der Auflage ist in § 1940 gegeben. Vorausgesetzt ist ein Beschwerter wie beim Vermächtnis, dagegen ist kein Bedachter vorhanden, da demjenigen, welchem die Erfüllung der Auflage zustatten kommt, dem Begünstigten, keinerlei Rechte zustehen. Soweit der Erbe beschwert ist, gehören die Verbindlichkeiten aus Auflagen zu den Nachlaßverbindlichkeiten, § 1967. Gerichtsstand ZPO § 27.

§ 2192

Auf eine Auflage finden die für letztwillige Zuwendungen geltenden Vorschriften der §§ 2065, 2147, 2148, 2154 bis 2156, 2161, 2171, 2181 entsprechende Anwendung[1]).

E I 1886 II 2062 M 5, 211, 212 P 5, 240—243, 305, 308.

1. Die hier angezogenen Bestimmungen über das **Vermächtnis** sind bereits bei den einzelnen Paragraphen als auf die Auflage **entsprechend anwendbar** kenntlich gemacht. Sie betreffen: § 2065 die Unwirksamkeit einer Auflage, bei der die Entscheidung über die Gültigkeit, den Gegenstand oder die Person des Begünstigten einem andern überlassen ist (s. jedoch §§ 2156, 2193), §§ 2147, 2148: die Person und den Verhältnisanteil des Beschwerten, §§ 2154 bis 2156 die Bestimmung des Gegenstandes der Auflage nach Wahl des Beschwerten oder eines Dritten, der Gattung nach, nach billigem Ermessen, § 2161 fortdauernde Wirksamkeit der Auflage bei Wegfall des Beschwerten, § 2171 Unwirksamkeit der auf eine unmögliche oder verbotene Leistung gerichteten Auflage, § 2181 Fälligkeit der Auflage spätestens beim Tode des Beschwerten. Sowohl vom Vermächtnis als von der Auflage handeln § 2159 (Fall der Anwachsung) und §§ 2186—2189 (Hinausschiebung der Fälligkeit der Auflage, beschränkte Haftung, Kürzungsrecht des Beschwerten, Rangverhältnis mehrerer Auflagen). Nicht anwendbar sind die auf den Bedachten bezüglichen Bestimmungen, da ein mit Forderungsrecht ausgestatteter Begünstigter bei der Auflage nicht denkbar ist (s. jedoch § 2193). Zeitlich ist der Wirksamkeit der Auflage, wie die Nichtübernahme der §§ 2162, 2163 ergibt, keine Grenze gezogen.

§ 2193

Der Erblasser kann bei der Anordnung einer Auflage, deren Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen[1]).

Steht die Bestimmung dem Beschwerten zu, so kann ihm, wenn er zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurteilt ist, von dem Kläger eine angemessene Frist zur Vollziehung bestimmt werden; nach dem Ablaufe der Frist ist der Kläger berechtigt, die Bestimmung zu treffen, wenn nicht die Vollziehung rechtzeitig erfolgt[2]).

Steht die Bestimmung einem Dritten zu, so erfolgt sie durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. Kann der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so geht das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über[3]). Die Vorschrift des § 2151 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung; zu den Beteiligten im Sinne dieser Vorschrift gehören der Beschwerte und diejenigen, welche die Vollziehung der Auflage zu verlangen berechtigt sind[4]).

E II 2063 P 5, 30—32.

1. Der Grundsatz des § 2065 Abs 2 ist beim Vermächtnis schon hinsichtlich des Gegenstandes der Leistung durchbrochen (§ 2156) und wird bei der Auflage noch weiter abgeschwächt, insofern auch die **Person des Begünstigten nicht vom Erblasser selbst bestimmt** zu sein braucht. Nur die Zweckbestimmung der Auflage muß von diesem selbst ausgehen und zugleich genügend deutlich sein, um danach dem Beschwerten oder dem Dritten die Auswahl des Leistungsempfängers zu ermöglichen (10000 dem akademischen Senat zu X zu Reisestipendien für Xsche Künstler). Die Bestimmungen der §§ 2151 Abs 1, 2, 2152, 2153 Abs 1 — nur insoweit könnten sie bei der Auflage in Frage kommen — sind, weil durch § 2193 ersetzt, auch nicht entsprechend anwendbar (a. M. Dernburg V § 87 A 2). Für die Bestimmung ist, wenn feststeht, daß die Voraussetzungen des Abs 1 gegeben sind, freies, auch nicht durch Billigkeit beschränktes Ermessen maßgebend, eine Anfechtung deshalb wie im Falle des § 2151 A 2 nur wegen Arglist statthaft.

2. **Bestimmung durch den Beschwerten.** Vorausgesetzt ist, daß einer der nach § 2194 Berechtigten oder daß der Testamentsvollstrecker (§§ 2208 Abs 2, 2223) die Vollziehung der Auflage betrieben hat und daß die Frist entweder im Urteile (ZPO § 255) oder daß sie nachmals vom Kläger selbst bestimmt ist. Letzterenfalls ist der Streit über Angemessenheit der Frist nach ZPO § 766 vor dem Vollstreckungsgericht auszutragen. Die rechtzeitige Vollziehung der Auflage muß vor Fristablauf erfolgt sein. Nachträgliche Vollziehung befreit den Beschwerten nicht, wenn er an eine andere als die nunmehr vom Kläger bezeichnete Person leistet.

3. **Bestimmung durch einen Dritten.** Unwiderrufliche Erklärung gegenüber dem Beschwerten wie in § 2151 Abs 2, Übergang des Bestimmungsrechts wie beim Wahlvermächtnis § 2154 Abs 2, entweder sogleich, wenn die Bestimmung durch den Dritten unmöglich ist oder wenn er sie verzögert oder verweigert und die ihm vom Nachlaßgericht gesetzte Frist verstrichen ist.

4. Das **Nachlaßgericht** kann nur dem Dritten, nicht auch dem Beschwerten (hierüber A 2) die Frist nach § 80 FGG. bestimmen. Beschwerderecht § 2151 A 4. Beteiligte sind der Beschwerte, der Dritte sowie die nach §§ 2194, 2208 Abs 2, 2223 zu dem Verlangen auf Vollziehung der Auflage Berechtigten, nicht aber diejenigen, welchen die Erfüllung der Auflage zugunsten gereichen würde (die Xschen Künstler).

§ 2194

Die Vollziehung einer Auflage können der Erbe, der Miterbe und derjenige verlangen, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde[1]). Liegt die Vollziehung im öffentlichen Interesse, so kann auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen[2]).

E I 1888 II 2064 M 5, 214—216 P 5, 244—246.

1. Ein anderer, dem ein Recht auf die Leistung zustünde, ist bei der Auflage nach § 1940 nicht vorhanden. Insbesondere hat derjenige, welchem die Erfüllung zugunsten gereichen würde, kein Klagerecht, z. B. nicht der Z, wenn dem X 100 mit der Auflage ver-

macht sind, davon 50 dem Z zu schenken, es sei denn, daß sich hinter der gewählten Form eine Vermächtnisanordnung (von 50 zugunsten des Z) verbirgt. Das Gesetz verleiht deshalb ein **Klagerecht auf Vollziehung der Auflage** jedenfalls dem Erben (gegen den beschwerten Vermächtnisnehmer), jedem Miterben (gegen den beschwerten Miterben oder Vermächtnisnehmer), ferner dem Testamentsvollstrecker (§§ 2208, Abs 2, 2223), endlich jedem, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zugute kommen würde, da er nach §§ 2161, 2192 in diesem Falle selbst zur Erfüllung der Auflage gehalten sein würde. In Frage kommen die § 2161 A 2 bezeichneten Personen.

2. In zweiter Linie ist das **Klagerecht der zuständigen Behörde** verliehen, wenn die Vollziehung im öffentlichen Interesse liegt. Ein solches Interesse kann auf wirtschaftlichem, religiösem oder ideellem Gebiete (Kunst und Wissenschaft) liegen und steht im Gegensatz zum reinen Privatinteresse. Welche Behörden zuständig sind, bestimmt sich nach Landesrecht. Ähnlich bei der Schenkung § 525 Abs 2. — Das Klagerecht enthält keine Klagepflicht. Es wird von dem Berechtigten im eigenen Namen ausgeübt, er ist Partei im Prozesse, Gläubiger im Konkurse sowohl des Nachlasses (KO § 226 Nr 5) als des Beschwerten, kann aber die Leistung nicht an sich selbst beanspruchen und an ihrer Stelle nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Das Recht ist vererblich, soweit es sich um Privatpersonen handelt, aber mangels eines Vermögenswertes nicht pfändbar. Mehrere Berechtigte sind Gesamtgläubiger im Sinne von § 428 mit den aus der Natur des Klagerechts sich ergebenden Abweichungen.

§ 2195

Die Unwirksamkeit einer Auflage hat die Unwirksamkeit der unter der Auflage gemachten Zuwendung nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde[1]).

E I 1887 II 2065 M 5, 243, 245; 6, 95.

1. **Selbständigkeit von Auflage und Zuwendung.** Die Vorschrift enthält einen besonderen Anwendungsfall des in § 2085 aufgestellten Grundsatzes der Unabhängigkeit mehrerer in einem Testament aufgestellter letztwilliger Verfügungen (RG 28. 5. 06 IV 565/05). Die Wirksamkeit der Auflage bleibt ganz unberührt, wenn sie ohne jede Rücksicht auf eine Zuwendung angeordnet ist. An Stelle des wegfallenden rückt dann einfach ein anderer Beschwerter ein (§§ 2161, 2192). Aber auch wenn zwischen Zuwendung und Auflage ein Zusammenhang besteht, kommt mit der Unwirksamkeit der letzteren nicht notwendig auch die Zuwendung zu Falle. Entscheidend ist die frei zu ermittelnde Willensmeinung des Erblassers. Sie wird in der Regel nur dann zur Unwirksamkeit der Zuwendung führen, wenn die Auflage als Zweck der Zuwendung erscheint, so daß der Beschwerte, ähnlich dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung durch die Zuwendung in den Stand gesetzt oder doch dazu bewogen werden soll, die Auflage zu erfüllen. Der Beweis, daß eine derartige Abhängigkeit der Zuwendung von Erfüllung der Auflage gewollt sei, ist von demjenigen zu führen, welcher die Unwirksamkeit der Zuwendung behauptet. Umgekehrt fällt auch nicht notwendig die Auflage weg, wenn sich die Zuwendung (zu einem Teile) als unwirksam erweist (RG Gruch 52, 1087). Es macht keinen Unterschied, ob die Unwirksamkeit der Auflage schon von vornherein vorhanden war (z. B. Unmöglichkeit, Willensmängel der betreffenden Anordnung) oder ob sie erst nachträglich eintritt (Ausfall der Bedingung, Verweigerung der zur Vollziehung notwendigen Mitwirkung eines Dritten, wobei § 2076 nicht anwendbar). Die Auflage ist nicht schon dann unwirksam, wenn es sich bloß um eine durch die veränderten Umstände gebotene andere Art der Vollziehung handelt (RG 29. 4. 07 IV 506/06). Unmöglichkeit der Vollziehung s. auch § 2196.

§ 2196

Wird die Vollziehung einer Auflage infolge eines von dem Beschwerten zu vertretenden Umstandes unmöglich[1]), so kann derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, die Herausgabe der Zuwendung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen[2]).

Das Gleiche gilt, wenn der Beschwerte zur Vollziehung einer Auflage, die nicht durch einen Dritten vollzogen werden kann, rechtskräftig verurteilt

ist und die zulässigen Zwangsmittel erfolglos gegen ihn angewendet worden sind[3]).

E II 2066 P 5, 246, 247; 6, 95.

1. **Unmöglichkeit der Vollziehung der Auflage** kann nach § 2195 Unwirksamkeit auch der Zuwendung zur Folge haben. Bleibt die Zuwendung bei Kräften, so kommt die Unmöglichkeit der Vollziehung dem Beschwerten zustatten (§ 275). Er soll sich jedoch nicht dadurch bereichern dürfen, daß er die Erfüllung schuldvoll unterläßt (§§ 276 ff.).

2. **Bereicherungsanspruch.** Ein Gläubiger, der wegen Nichterfüllung der Auflage aus §§ 280 ff. Schadensersatz beanspruchen könnte, ist bei der Auflage nicht vorhanden, § 1940. Das Gesetz gibt statt dessen den gegebenenfalls nachrückenden Beschwerten (§ 2161 A 2) — nicht aber auch dem Testamentsvollstrecker und nicht den nach § 2194 A 2 klageberechtigten Behörden — den Bereicherungsanspruch insoweit, als der Beschwerte durch schuldvolle Nichterfüllung der Auflage einen ungerechtfertigten Gewinn machen würde. Der Betrag der Bereicherung wird regelmäßig dem Betrage des ersparten Erfüllungsaufwandes gleichkommen und bemißt sich im übrigen nach §§ 818 ff. Mehrere Beschwerte haften soweit jeder bereichert ist. Entsprechender Anspruch des Schenkers § 527.

3. **Fruchtlose Zwangsvollstreckung gegen den Beschwerten** steht der verschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung gleich, wenn es sich bei der Auflage um unvertretbare Handlungen oder um Unterlassungen handelt. Klageberechtigte § 2194. Die zulässigen Zwangsmittel ergeben sich aus ZPO §§ 888, 890. § 887 (vertretbare Handlungen) kommt nicht in Frage. Erfordert die Erfüllung der Auflage überhaupt keine Aufwendungen (jährlicher Besuch des Grabes), so ist nach Erschöpfung der Zwangsmittel auch kein Bereicherungsanspruch gegeben.

Sechster Titel

Testamentsvollstrecker

Der Testamentsvollstrecker des BGB ist weder Vertreter des Erblassers noch des Nachlasses noch des Erben, sondern Träger eines Amtes (§ 2202 Abs 1), das seinen hauptsächlichsten Inhalt zwar durch die Anordnungen des Erblassers empfängt, aber vom Gesetze mit selbständigen, auch gegen den Erben und Dritte wirksamen Befugnissen (§§ 2208 Abs 2, 2211, 2214), insbesondere mit einem weitgehenden Verwaltungs- und Verfügungsrecht des TV ausgestattet ist. §§ 2203 bis 2205 stellen als die drei hauptsächlichsten Aufgaben des TV nebeneinander: die Ausführung der letztwilligen Verfügungen, die Erbauseinandersetzung unter mehreren Erben und die Verwaltung des Nachlasses, in deren Gefolge aber die beschränkte oder unbeschränkte Ermächtigung, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen (§§ 2206, 2207) und die aktive wie passive Prozeßlegitimation (§§ 2212, 2213). Die Aufgaben und Befugnisse des TV können vom Erblasser eingeschränkt, namentlich auf bloße Verwaltungsaufgaben beschränkt werden (§§ 2208, 2209) und unterliegen der zeitlichen Begrenzung des § 2210. Die Rechtsverhältnisse zwischen dem TV und dem Erben sind unter Heranziehung gewisser Auftragsgrundsätze (§ 2218) und Anerkennung einer Schadensersatzpflicht des TV im Falle der Verletzung der ihm obliegenden Verpflichtungen (§ 2219) näher ausgestaltet (§§ 2215—2220).

§ 2197

Der Erblasser kann durch Testament einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernennen[1]).

Der Erblasser kann für den Fall, daß der ernannte Testamentsvollstrecker vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt, einen andern Testamentsvollstrecker ernennen[2]).

E I 1889 II 2067 M 5, 217—219 P 5, 248.

1. Die **Ernennung des Testamentsvollstreckers** muß durch **Testament** erfolgen, auch wenn es eine Erbeinsetzung nicht enthält (§ 1938), sich vielleicht sogar auf die Ernennung beschränkt. Anfechtung der Verfügung § 2081 Abs 1, selbständige Wirksamkeit § 2085. Dem Testament steht einseitige Verfügung im Erbvertrag gleich (§ 2299), dagegen ist eine erbvertragsmäßige Ernennung unstatthaft (§ 2278 Abs 2). Eine Bestellung des TV durch Vertrag mit dem Erblasser würde nur als Auftrag wirksam sein und könnte nach § 671 vom Erblasser wie vom Erben jederzeit widerrufen werden. Wohl aber kann sich der TV durch Vertrag mit dem Erblasser zur Annahme des Amtes wirksam verpflichten (§ 2202 A 2). Die Bezeichnung

des Ernannten gerade als „Testamentsvollstrecker" ist, wenn sonst kein Zweifel über die Absicht des Erblassers besteht, nicht erforderlich. Bezüglich der Person des Vollstreckers bestehen außer nach § 2201 keine Beschränkungen. Auch Frauen, Ausländer, juristische Personen (wiewohl mit der zeitlichen Grenze des § 2210) können bestellt werden. Ebenso Miterben, nicht aber der Alleinerbe, der sich nicht selbst „beschränken" kann (§§ 2306, 2376, RJA 10, 119, vgl. auch § 2222). Inwiefern eine Behörde als solche (im Gegensatz zu dem jeweiligen Inhaber eines Amtes) bestellt werden kann, ist nach ihrer landesrechtlichen Verfassung zu beurteilen. Jedenfalls ist das neben und über dem TV amtierende Nachlaßgericht hiervon ausgeschlossen. Die Ernennung kann unter Bestimmung eines Anfangs- oder Endtermins, unter einer aufschiebenden (so Abs 2) oder auflösenden Bedingung, auch bloß für einen bestimmten Erbteil oder ein Vermächtnis, oder nur einem bestimmten Erben gegenüber erfolgen. Mehrere Testamentsvollstrecker § 2224, Ernennung durch andere als den Erblasser §§ 2198—2200.

2. Die **Ersatzernennung** gilt auch für den Fall, daß der Ernannte das Amt ablehnt. Es können mehrere Ersatzmänner nacheinander bestellt sein. — Miteintragung des TV bei der Eintragung des Erben im Grundbuch (GBO § 53) und im Schiffsregister (FGG § 118). Zeugnis über die Ernennung § 2368, Angabe im Erbschein § 2364, Nachweis vor dem Grundbuchamt GBO § 36 und FGG § 107. — TV bei fortgesetzter Gütergemeinschaft § 1513.

§ 2198

Der Erblasser kann die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen[1]). Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben[2]).

Das Bestimmungsrecht des Dritten erlischt mit dem Ablauf einer ihm auf Antrag eines der Beteiligten von dem Nachlaßgerichte bestimmten Frist[3]).

E I 1890 II 2068 M 5, 219 P 5, 248—250; 6, 95, 96.

1. **Die Bestimmung des Testamentsvollstreckers durch einen Dritten** durchbricht wie beim Vermächtnis (§§ 2151 ff.) den Grundsatz des § 2065. Die Ermächtigung des Dritten kann wie in § 2197 Abs 1 nur durch Testament ausgesprochen werden. In der Auswahl des Dritten, der jedoch selbstverständlich geschäftsfähig sein muß, ist der Erblasser nicht beschränkt, er kann die Bestimmung auch mehreren Dritten oder einer Körperschaft, sogar dem Erben selbst überlassen. Der Dritte bestimmt den TV nach freiem Belieben, ist nicht gehindert, sich auch selbst zu bestimmen und haftet außer im Falle der Arglist nicht für schuldhafte Auswahl. Bei offenbaren Mißgriffen hilft das Entlassungsrecht des Nachlaßgerichts aus (§ 2227).

2. Die Bestimmung erfolgt (wie bei der Ausschlagung § 1945 Abs 1) durch unwiderrufliche **Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht** (§§ 130 ff.). Beglaubigung § 129, FGG §§ 167, 183, 184, 191, 200. Die Einsicht der Erklärung ist jedem Interessenten zu gestatten.

3. **Fristsetzung** wie beim Vermächtnis und der Auflage (§§ 2151 Abs 3, 2193 Abs 2). Beteiligte sind, wie in §§ 2202 Abs 3, 2216 Abs 2, 2227 Abs 1 außer dem Erben, Nacherben, Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer, Auflageberechtigten (§ 2194) auch die sonstigen Nachlaßgläubiger (§ 2213, ZPO § 748) und die Mitvollstrecker. Hat der Erblasser die Frist bestimmt, so ist zunächst diese maßgebend, aber für das Nachlaßgericht nicht bindend. Die Fristbemessung unterliegt der sofortigen Beschwerde nach FGG § 80, die Ablehnung einfacher Beschwerde nach FGG §§ 19, 20. Eine Verlängerung der Frist ist nicht statthaft (FGG § 18 Abs 2). Unterläßt der Dritte die Bestimmung innerhalb der Frist, so wird die Bestellung eines TV überhaupt hinfällig.

§ 2199

Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker ermächtigen, einen oder mehrere Mitvollstrecker zu ernennen[1]).

Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker ermächtigen, einen Nachfolger zu ernennen[2]).

Die Ernennung erfolgt nach § 2198 Abs. 1 Satz 2[3]).

E II 2069 P 5, 248—250.

1. **Die Ermächtigung des Testamentsvollstreckers zur Ernennung von Mitvollstreckern** kann wie die Ernennung des TV selbst nur durch Testament erfolgen (§ 2197). Sie kann jedem der gemäß §§ 2197, 2198, 2200 ernannten Vollstrecker, auch mehreren gemeinsam (Zuwahl)

mit Stichentscheid des Nachlaßgerichts (§ 2224 A 2) beigelegt werden. Der TV kann vom Erblasser in der Auswahl näher beschränkt, aber zur Wahl auch förmlich verpflichtet sein. Jedenfalls ist er dem Erben für sorgfältige Wahl durch § 2218, 2219 verhaftet. Aus eigener Machtvollkommenheit kann er eine Wahl nicht vornehmen.

2. Die **Ernennung des Nachfolgers** kann der TV nur vornehmen, solange er selbst noch im Amte ist und nur für den Fall der Beendigung seines Amtes gemäß §§ 2225—2227, nicht indem er das Amt unmittelbar auf einen Dritten überträgt (a. M. Planck A 4). Inwieweit er sich in Ausübung des Amtes vertreten lassen darf s. § 2218 A 1. Die Ernennung setzt die Bezeichnung einer bestimmten Person voraus, der TV kann mithin nicht schlechthin seine Erben zu Nachfolgern berufen (§ 2225 A 2). Durch Auslegung des Testaments ist zu ermitteln, ob dem ernannten Nachfolger wiederum das Recht zur Ernennung seines Nachfolgers zustehen soll.

3. **Öffentlich** beglaubigte **Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht,** wenn der Erblasser nicht ein Mehr, z. B. Beurkundung nach § 128 vorgeschrieben hat. Akteneinsicht § 2228.

§ 2200

Hat der Erblasser in dem Testamente das Nachlaßgericht ersucht, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen, so kann das Nachlaßgericht die Ernennung vornehmen[1]).

Das Nachlaßgericht soll vor der Ernennung die Beteiligten hören, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann[2]).

E II 2070 P 5, 250—252.

1. Die **Ernennung durch das Nachlaßgericht** ist in das pflichtmäßige Ermessen (officium nobile) des Gerichts gestellt. Sie kann niemals von Amts wegen erfolgen, setzt vielmehr ein Ersuchen des Erblassers voraus, das im Testamente gestellt sein muß, aber durch freie Auslegung daraus ermittelt werden kann. Das Ersuchen kann bedingungsweise gestellt, auf Ernennung eines Mitvollstreckers gerichtet sein, begreift regelmäßig auch die Bestellung eines etwaigen Nachfolgers in sich und bleibt jedenfalls in Kraft, bis ein zur Annahme bereiter TV gefunden oder der Versuch der Bestellung mißlungen ist. Das Gericht hat völlig freie Wahl und kann auch ohne besonderes Ersuchen mehrere Vollstrecker ernennen.

2. **Beteiligte** § 2198 A 3. Sofortige Beschwerde gegen die Ernennung FGG § 81, deren jedoch der nach § 2202 Abs 2 ablehnungsberechtigte TV selbst nicht bedarf. Wird die Ernennung auf Beschwerde aufgehoben, so bleiben doch die inzwischen vom TV oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte wirksam, FGG § 32. Gegen die Ablehnung der Ernennung steht einfache Beschwerde zu, soweit es sich (z. B. im Falle des § 2223) um beeinträchtigte Rechte handelt, FGG § 20 (RJA 8, 189). Recht der Beteiligten auf Ausfertigungen FGG §§ 85, 78.

§ 2201

Die Ernennung des Testamentsvollstreckers ist unwirksam[1]), wenn er zu der Zeit, zu welcher er das Amt anzutreten hat[2]), geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist[3]) oder nach § 1910 zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhalten hat[4]).

E I 1891 II 2071 M 5, 219, 220 P 5, 252.

1. **Unwirksamkeit der Ernennung.** Die Ernennung verliert in allen Fällen (§§ 2197 bis 2200) durch eintretende Mängel der Geschäftsfähigkeit von selbst ihre Kraft, ohne daß sie, auch im Falle des § 2200, noch besonders aufgehoben zu werden braucht.

2. Maßgebend ist der **Zeitpunkt des Amtsantritts,** der nach § 2202 Abs 1 regelmäßig mit der Erklärung der Annahme des Amtes zusammenfällt. Ist jedoch die Ernennung unter Bestimmung eines Anfangstermins oder unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgt (§ 2197 A 1), so ist, wenn die Annahme schon vorher erklärt war (§ 2202 A 3), der Eintritt des Termins oder der Bedingung entscheidend. Erfolgt die Aufhebung der Entmündigung oder der vorläufigen Vormundschaft erst nach dem hiernach maßgebenden Zeitpunkte, so hat sie (abweichend von dem Grundsatze des § 115 und FGG § 61) keine rückwirkende Kraft. Erlöschen des Amtes infolge später eintretender Unfähigkeit § 2225.

3. **Geschäftsunfähigkeit** § 104, **beschränkte Geschäftsfähigkeit** des Minderjährigen § 106, des wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten oder nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft Gestellten § 114.

4. § 1910: **Pflegschaft** wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen. Doch ist der TV nicht unfähig, dem ein Pfleger nur für seine Person oder für einzelne Vermögensangelegenheiten bestellt ist. — Der Gemeinschuldner ist an sich nicht unfähig zum TV. Doch kann die Konkurseröffnung und zwar schon vor Antritt des Amtes einen Grund zur Entlassung bilden (§ 2227). Dasselbe gilt vom Ehrverlust. — Die Ernennung kann übrigens, wie jede letztwillige Verfügung, nach allgemeinen Grundsätzen angefochten werden, § 2078.

§ 2202

Das Amt des Testamentsvollstreckers beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Ernannte das Amt annimmt[1]).

Die Annahme sowie die Ablehnung des Amtes erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte[2]). Die Erklärung kann erst nach dem Eintritte des Erbfalls abgegeben werden; sie ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird[3]).

Das Nachlaßgericht kann dem Ernannten auf Antrag eines der Beteiligten eine Frist zur Erklärung über die Annahme bestimmen. Mit dem Ablaufe der Frist gilt das Amt als abgelehnt, wenn nicht die Annahme vorher erklärt wird[4]).

E I 1892 II 2072 M 5, 220—222 P 5, 252, 253.

1. Der **Beginn des Amtes** fällt mit der Annahmeerklärung nur der Regel nach zusammen. Ausnahme s. A 3. Rechtsgeschäfte, die der TV vor Amtsantritt vornimmt, sind unwirksam und können auch durch den bloßen Amtsantritt nicht wirksam werden. Wohl aber dadurch, daß der TV den von ihm geschlossenen Vertrag oder das vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft gemäß §§ 177, 180 nach dem Amtsantritt genehmigt. Denn er kann hierbei nur als Vertreter des künftigen TV — allerdings seiner selbst — gehandelt haben. Nimmt er Verfügungen vor, so sind es Verfügungen eines Nichtberechtigten, die gemäß § 185 Abs 2 dadurch wirksam werden, daß er sie nach Amtsantritt als nunmehr Berechtigter genehmigt.

2. Die **Annahme oder Ablehnung** ist nur wirksam, wenn sie **dem Nachlaßgericht gegenüber** abgegeben wird (§ 130 Abs 3). Eine Annahme durch schlüssige Handlungen, entsprechend der pro herede gestio (§ 1943 A 1) ist deshalb ausgeschlossen. Immerhin ist die Erklärung an keine Form gebunden, kann durch Bevollmächtigte abgegeben werden und auch in andern an die Behörde gerichteten Anträgen oder Äußerungen stillschweigend enthalten sein. Annahme und Ablehnung sind unwiderruflich, doch verbleibt dem Annehmenden das Kündigungsrecht. Die Frau bedarf zur Annahme nicht der Zustimmung des Mannes (§ 1399 Abs 1). Da es sich bei der Amtsübernahme nicht um die Verpflichtung zu einer Leistung im Sinne des § 1358 handelt, ist das Kündigungsrecht des Mannes ausgeschlossen (a. M. Planck A 10). Hatte sich der Ernannte durch Vertrag mit dem Erblasser zur künftigen Annahme des Amtes verpflichtet, so kann er hierauf oder auf Zahlung einer etwa bedungenen Vertragsstrafe oder wegen Nichterfüllung auf Schadensersatz verklagt werden. Der Zwangsvollstreckung aus dem auf Annahme oder Wahrnehmung des Amtes lautenden Urteil könnte der widerstrebende Schuldner jederzeit mit der Kündigung begegnen (§ 2226). Ist dem in Aussicht genommenen TV eine Zuwendung mit der Auflage gemacht, das Amt zu übernehmen, so entscheiden §§ 2194, 2195. Die unter einer Bedingung gleichen Inhalts gemachte Zuwendung wird mit der Ablehnung ohne weiteres hinfällig. — Zeugnis über die Ernennung des TV § 2368. Es dient dem Grundbuchamt gegenüber zugleich als Nachweis der geschehenen Annahme (RG JW 06, 132[3]). Angabe im Erbschein § 2364, Akteneinsicht § 2228, Vergütung § 2221.

3. Wenn die Annahme oder Ablehnung auch **nicht vor dem Erbfall**, oder falls es sich um TV für die Nacherbschaft handelt, nicht vor Eintritt der Nacherbfolge (§ 2139) abgegeben werden kann, so ist doch der Ernannte nicht notwendig schon von diesem Zeitpunkt ab verpflichtet sich zu erklären. Insbesondere kann er, wenn er unter Bestimmung eines späteren Anfangstermins oder unter einer aufschiebenden Bedingung ernannt ist, nicht vor Eintritt des Termins oder der Bedingung durch Fristsetzung (Abs 3) zur Erklärung angehalten werden. Keinesfalls kann in diesem Falle die etwa schon vorher erklärte Annahme den Beginn des Amtes (Abs 1) zur Folge haben. Die Unwirksamkeit der bedingten oder betagten Erklärung der Annahme oder Ablehnung selbst (wie §§ 1947, 2180) ist kein Hindernis, sich sogleich nach dem Erbfall endgültig über Annahme oder Ablehnung des nur erst bedingt oder befristet angetragenen Amtes zu erklären. Ist der Ernannte zur Zeit dieser Erklärung in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann er die Annahme nach allgemeinen

Grundsätzen (§§ 107, 114) unter Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters erklären. § 2201 fordert Geschäftsfähigkeit nur für die Zeit des Amtsantritts (a. M. Planck A 10).

4. Von der **Fristbestimmung durch das Nachlaßgericht** und dem Beschwerderecht gilt das § 2198 A 3 Gesagte. Ablehnung der Fristbestimmung im Falle befristeter oder bedingter Ernennung s. oben A 3.

§ 2203

Der Testamentsvollstrecker hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen[1]).

E I 1897 Abs 1 II 2073 M 5, 226—228 P 5, 261—272, 283.

1. Die **Ausführung der letztwilligen Verfügungen** ist die vornehmste, wenn auch nicht die einzige Aufgabe des TV (§§ 2204 ff.). Sie steht grundsätzlich auch dem zum TV bestellten Miterben zu (RG 61, 142) und betrifft Verfügungen aller Art, auch familienrechtlichen Inhalts, Bestattungsanordnungen ꝛc., sofern der TV rechtlich und tatsächlich hierzu imstande und nicht vom Erblasser selbst beschränkt ist. Dann kann er im Zweifel die Ausführung, insbesondere die Erfüllung der Auflage vom Erben verlangen (§ 2208). Darüber hinaus kann er auch zur Fürsorge für Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen berufen sein, § 2223. Nach § 83 hat er die Genehmigung einer vom Erblasser errichteten Stiftung nachzusuchen. Der TV handelt bei der Ausführung kraft eigenen, ihm vom Erblasser übertragenen Rechts (RG 56, 330; 59, 365), ist deshalb von den Weisungen des Erben unabhängig und kann auch durch den übereinstimmenden Willen der Miterben nicht gebunden werden. So insbesondere bei der Enterbung in guter Absicht (§ 2338 Abs 1). Das Rechtsverhältnis zwischen TV und Erben regelt im übrigen § 2218. Der Erbe kann auch seinerseits den TV auf Ausführung der letztwilligen Verfügungen, z. B. Auszahlung von Vermächtnissen in Anspruch nehmen. Entsteht Streit über Gültigkeit oder Tragweite einzelner Verfügungen, so steht beiden gegeneinander die Feststellungsklage zu. Das rechtliche Interesse des Erben besteht darin, daß er Träger der Verpflichtungen bleibt, dasjenige des TV in der nach § 2219 ihn treffenden Verantwortlichkeit. Die Erfüllung einer Verbindlichkeit muß der Erbe zwar gelten lassen, doch steht ihm unter Umständen nach § 812 der Bereicherungsanspruch, z. B. gegen den Empfänger eines diesem nicht gebührenden Vermächtnisses zu (RG 1. 10. 06 IV 80/06). Geeignetenfalls kann der Erbe einstweilige Verfügungen gegen den TV ausbringen. Dagegen kann zwischen Erben und TV nicht über Bestehen oder Nichtbestehen des durch Verfügung von Todes wegen bestimmten Erbrechts gestritten werden, es sei denn, daß die Erfüllung einer letztwilligen Verfügung davon, z. B. von der Frage abhängt, wer als Erbe beschwert ist (§ 2147). Das Anfechtungsrecht (§ 2078) steht dem TV nur gegenüber Verfügungen zu, die seine Rechte aufheben oder beschränken. Gegen den dritten Erbschaftsbesitzer steht auch dem TV der Erbschaftsanspruch zu (§ 2018 A 1). Antrag auf Erteilung des Erbscheins § 2353 A 3, auf Einziehung des unrichtigen Erbscheins § 2364 Abs 2. Prozeßführung §§ 2212, 2213. — Zur authentischen Auslegung des letzten Willens mit der Wirkung, daß auch der Prozeßrichter daran gebunden wäre, kann der TV vom Erblasser nicht ermächtigt werden (RG 66, 103). Dagegen steht der förmlichen Bestellung des TV zum Schiedsrichter (S 104 offen gelassen) nichts im Wege, ZPO § 1048.

§ 2204

Der Testamentsvollstrecker hat, wenn mehrere Erben vorhanden sind, die Auseinandersetzung unter ihnen nach Maßgabe der §§ 2042 bis 2056 zu bewirken[1]).

Der Testamentsvollstrecker hat die Erben über den Auseinandersetzungsplan vor der Ausführung zu hören[2]).

E I 1898, 2156 II 2074 M 5, 228—231 P 5, 272—276; 6, 96—98, 348, 349.

1. Die **Auseinandersetzung unter Miterben** gehört ohne weiteres zu den Aufgaben des TV, wenn sie ihm nicht nach §§ 2208, 2209 entzogen ist. Eine gerichtliche Auseinandersetzung findet deshalb überhaupt nicht, auch auf übereinstimmenden Antrag aller Beteiligten nicht statt, wenn ein hierzu berechtigter TV vorhanden ist, FGG § 86 Abs 1. Wie die in bezug genommenen Bestimmungen ergeben, hat sich der TV der Auseinandersetzung zu enthalten, solange der Vornahme einer der Gründe der §§ 2043—2045 entgegensteht. Insbesondere bindet ihn eine Vereinbarung der Erben, die Erbengemeinschaft fortzusetzen (§§ 2042, 749 ff.). Für die Auseinandersetzung selbst sind zunächst die Anordnungen des Erblassers, wenn sie dem billigen Ermessen des TV anheimgestellt ist (§ 2048), ist dieses Ermessen, sonst sind die gesetzlichen Vorschriften der angezogenen §§ 2042 ff. maßgebend. Kraft seiner Verfügungsmacht über

den Nachlaß (§ 2205) kann er den Erben einzelne Erbschaftsgegenstände unmittelbar übertragen, z. B. Nachlaßgrundstücke an sie auflassen, Rechte für sie begründen und muß er auch trotz § 753 zum freihändigen Verkauf zu Zwecken der Teilung als ermächtigt gelten. Ist der TV zugleich Miterbe, so kann er regelmäßig das zu teilende Nachlaßgrundstück zu dem ihm zukommenden Bruchteil auch an sich selbst auflassen (RG 61, 142). Der TV hat auch die Ausgleichung der Miterben herbeizuführen, bleibt aber bei der nachgiebigen Natur der §§ 2050—2056 an eine etwaige abweichende Regelung der Ausgleichungspflicht durch Vertrag der Erben gebunden. Das Auskunftsverlangen des (nicht mit angezogenen) § 2057 steht ihm außer in Vollmacht eines Erben nicht zu. Im übrigen braucht der TV Vereinbarungen der Erben über eine von den Anordnungen des Erblassers oder den gesetzlichen Vorschriften abweichende Auseinandersetzung nicht zu berücksichtigen (RG 61, 145). Vielmehr bindet seine Auseinandersetzung die Erben. Vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung gemäß § 1822 Nr 2 bedarf sie nicht, da es sich dabei nicht um einen Vertrag handelt. Der nur für einen Erbteil oder einen bestimmten Erben ernannte TV kann die Auseinandersetzung betreiben und vertritt hierbei den Erben, er kann sie aber nicht selbst vornehmen.

2. Ein **Auseinandersetzungsplan** ist zwar im allgemeinen nicht erforderlich, aber durch Abs 2 ist dem TV (wie nach § 93 FGG dem Nachlaßgericht) die Anfertigung stillschweigend vorgeschrieben. Sie ist erst dann geboten, wenn die Nachlaßverbindlichkeiten getilgt sind und der Überschuß (§ 2047 A 1) zur Verteilung reif ist. Der Plan bedarf nicht der Genehmigung der Erben, die nur zu hören sind und kann trotz ihres Widerspruchs ausgeführt werden. Der Nachweis, daß sie gehört sind, braucht gegenüber dem Grundbuchamt nicht erbracht zu werden (KGJ 31 A 299). Die Erben bleiben aber berechtigt, die Ausführung durch einstweilige Verfügung zu hemmen und klagend anderweite Auseinandersetzung zu verlangen, wenn sie Verletzung der letztwilligen oder gesetzlichen Teilungsvorschriften oder offenbare Unbilligkeit im Falle des § 2048 A 3 nachweisen können.

§ 2205

Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlaß zu verwalten[1]). Er ist insbesondere berechtigt, den Nachlaß in Besitz zu nehmen[2]) und über die Nachlaßgegenstände zu verfügen[3]). Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen[4]).

E I 1899 Abs 1 Satz 1, 1900 II 2075 M 5, 231—233 P 5, 276—282, 527, 258.

1. Zur ordnungsmäßigen **Verwaltung des Nachlasses** (§ 2038 A 1) ist der TV kraft seines Amtes ohne weiteres sowohl berechtigt als verpflichtet (§ 2216). Sie kann ihm auch als einzige Aufgabe übertragen sein, §§ 2209, 2210. Sie endet, wenn mehrere Erben vorhanden sind, regelmäßig mit Vollzug der Auseinandersetzung (§ 2204). Wie lange sie sonst zu dauern hat, bestimmt sich nach den Anordnungen des Erblassers. Sie ist nicht als Selbstzweck, sondern als Mittel zur Ausführung der letztwilligen Verfügungen und zur Auseinandersetzung sowie zur Erfüllung sonstiger dem TV zugewiesenen Aufgaben (§ 2209 A 2) gedacht. Sie besteht vor allem in der Besitzergreifung (A 2) und Sicherung des Nachlasses, in der Aufstellung des Nachlaßverzeichnisses (§ 2215), ferner in der Instandhaltung der Erbschaftsgegenstände, Bewirtschaftung, Fruchtziehung usw. Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten ist nicht (wie bei der Nachlaßverwaltung § 1985 Abs 1) Ziel der Verwaltung. Sie bringt aber von selbst mit sich, daß fällige Schulden bezahlt und lästige abgestoßen werden. Jedenfalls darf die Auseinandersetzung nicht vor Berichtigung oder Sicherung der Verbindlichkeiten vorgenommen werden (§ 2046 Abs 1). Klagerecht auch des einzelnen Miterben gegen den TV auf Erfüllung seiner Obliegenheiten RG 73, 26. Für die Dauer der Nachlaßverwaltung geht das Verwaltungsrecht im vollen Umfange auf den Nachlaßverwalter über (§ 1985 Abs 1). Der TV kann aber selbst zum Verwalter bestellt werden (§ 1981 A 5). Beschränkung und Ausdehnung der Verwaltungsbefugnisse §§ 2208—2210, Prozeßführung §§ 2212, 2213, Verantwortlichkeit § 2219. Der TV kann die Eröffnung des Nachlaßkonkurses (KO § 217), das Aufgebot der Nachlaßgläubiger (§ 1970 A 2), die Zwangsversteigerung der Nachlaßgrundstücke beantragen (ZVG § 175), sich auch für den Erben den Erbschein erteilen lassen (§ 2353 A 3).

2. Der **Besitz** geht nach § 857 nur auf den Erben, nicht auf den TV über. Hat der Erbe bereits tatsächlich Besitz ergriffen, so kann der TV von ihm wie von jedem Dritten Übertragung des Besitzes und Auskunft nach § 260 verlangen, soweit er dem Erben nicht einzelne Gegenstände gemäß § 2217 zu überlassen hat. Der Erbe ist, wenn der TV den tatsächlichen Besitz erlangt, mittelbarer Besitzer (§ 868).

3. Die **Verfügungsmacht** ist dem TV zwar nur zur Verwirklichung seiner Aufgaben eingeräumt, sie steht ihm aber (abgesehen von S 3) unbeschränkt und ausschließlich

zu (§ 2211) mit der Wirkung, daß die von ihm (und ihm gegenüber) vorgenommenen dinglichen und rechtsgeschäftlichen Akte im Bereiche des Nachlaßvermögens für (und gegen) den Erben oder die Erbengemeinschaft rechtlich wirksam sind (RG 59, 366; 68, 259). Dies gilt von dem zum TV bestellten Miterben auch dann, wenn die Verfügungen zugleich seinem eigenen Interesse dienen (Auflassung zu Bruchteilen an sich selbst); § 181 steht nicht entgegen (RG 61, 139, 145). Ein für den Nachlaß gemachter Erwerb kommt zwar dem Erben zu, unterliegt aber sogleich wieder der Verwaltung des TV. Sein guter Glaube ist hierbei entscheidend. Das Verfügungsrecht (Inhalt Vorbem 7 vor § 104) erstreckt sich auf alle Nachlaßgegenstände, Sachen und Rechte (§ 90), soweit sie dem Erben nicht als höchstpersönliche zustehen. Der TV kann deshalb die Schenkung nicht widerrufen (§ 530 Abs 2), sich nicht über Annahme oder Ausschlagung einer vererbten Erbschaft erklären (§ 1952), nicht wegen Erbunwürdigkeit anfechten (§ 2340). A. M. Strohal I § 40 a A 14. Ist der Erbe minderjährig, so steht dem Vormund oder Gewalthaber keine Anteilnahme an der Verwaltung, nur die Vertretung des Erben gegenüber dem TV zu. In der Verfügung über Nachlaßgrundstücke und grundbücherlich oder im Schiffsregister eingetragene Rechte ist der TV gleichfalls nur durch Satz 3 beschränkt. Seine Eintragungsbewilligung genügt ohne Zwischeneintrag des Erben (GBO § 41 Abs 2, FGG § 111 Abs 2), seine Bestellung ist bei Eintragung des Erben regelmäßig mit einzutragen (GBO § 53, FGG § 118). Nachweis seiner Befugnisse gegenüber dem Grundbuchamt GBO § 36 Abs 2, FGG § 107 Abs 2. Das Recht, über seinen Anteil am Nachlasse zu verfügen (§ 2033), verbleibt dem Miterben, ändert aber nichts an dem Umfange des dem TV daran zustehenden Verfügungsrechtes.

4. Nur **unentgeltliche Verfügungen** (mit der dem § 534 entsprechenden Ausnahme) sind dem TV verwehrt und, wenn sie dennoch vorgenommen sind, ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Empfängers unwirksam, wenn nicht der Erbe zustimmt. Das Grundbuchamt kann sich jedoch, anders wie beim Vorerben § 2113 A 2, bei den Erklärungen der Beteiligten begnügen, daß die betreffende Verfügung keine unentgeltliche sei, es sei denn, daß besondere Umstände einen bestimmten Anhalt für die Annahme des Gegenteils bieten (RG 65, 223).

§ 2206

Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist[1]). Die Verbindlichkeit zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand kann der Testamentsvollstrecker für den Nachlaß auch dann eingehen, wenn er zu der Verfügung berechtigt ist[2]).

Der Erbe ist verpflichtet, zur Eingehung solcher Verbindlichkeiten seine Einwilligung zu erteilen[3]), unbeschadet des Rechtes, die Beschränkung seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten geltend zu machen[4]).

E I 1902 II 2076 M 5, 234, 235 P 5, 528—530, 544, 545.

1. Die Befugnis des TV zur **Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß** besteht nicht wie seine Verfügungsmacht nach § 2205 unbeschränkt. Sie reicht nur soweit, als zur ordnungsmäßigen Verwaltung (vgl. § 2216 A 1) erforderlich ist. Wechselverbindlichkeiten RG 60, 30. Soweit der TV diese Grenze nicht einhält, erwirbt der Gläubiger keine Rechte und kann sich gemäß § 179 nur an den TV halten. Dafür, daß sie eingehalten sei, ist der Gläubiger beweispflichtig, doch genügt der Nachweis, daß er die Übernahme der Verbindlichkeit nach den Umständen als geboten ansehen durfte (a. M. Staudinger A 1). Die Befugnis kann dem TV vom Erblasser entzogen, inhaltlich oder gegenständlich beschränkt (§ 2208), er kann auch umgekehrt von jeder Beschränkung entbunden sein (§§ 2207, 2209 A 3).

2. Die Beschränkung der A 1 entfällt auch dann, wenn der TV zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand berechtigt ist und eine **Verbindlichkeit zu eben dieser Verfügung eingeht.** Da die Verfügungsmacht des TV grundsätzlich und abgesehen von § 2205 A 4 und § 2008 A 1 unbeschränkt ist, so braucht der Gläubiger, der z. B. mit dem TV einen Kaufvertrag über einen Nachlaßgegenstand abschließt, nicht zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sei, sondern nur, ob dem TV hierüber die Verfügung zusteht (KGJ 27 A 192, vgl. auch §§ 1445, 1821 Nr 3, 1822 Nr 1).

3. Die im Rahmen des Abs 1 eingegangenen („solche") Verbindlichkeiten verpflichten zwar den Erben ohne weiteres („für den Nachlaß"). Die **Einwilligung des Erben** (§ 183) schützt aber den TV vor Schadensersatzansprüchen aus § 2219, den Vertragsgegner vor Einwendungen des Erben aus Abs 1. Sie kann ferner notwendig werden, wenn der Erbe z. B. durch Eintragungen im Grundbuch als alleiniger Verfügungsberechtigter ausgewiesen ist. Der TV (nicht auch der Dritte) kann gleich dem Vorerben (§ 2120) die Einwilligung des Erben im Klagewege herbeiführen. Umgekehrt steht dem Erben frei, gegen den TV oder den Dritten auf Unverbindlichkeit des Geschäfts Feststellungsklage zu erheben.

4. Die vom TV eingegangenen Verbindlichkeiten sind, weil den Erben als solchen treffend, Nachlaßverbindlichkeiten, § 1967. Im Nachlaßkonkurse gehören sie zu den Masseschulden, KO § 224 Nr 5. Sie unterliegen deshalb auch den Grundsätzen von der **Beschränkung der Haftung des Erben.** Darf er sich hierauf nicht berufen (Vorbem 3, 4 vor § 1967), so haftet er auch für die hier fraglichen Verbindlichkeiten unbeschränkt. Doch bedarf es gegenüber dem verwaltenden TV nicht des Vorbehalts im Urteile (ZPO § 780 Abs 2).

§ 2207

Der Erblasser kann anordnen, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein soll[1]). Der Testamentsvollstrecker ist auch in einem solchen Falle zu einem Schenkungsversprechen nur nach Maßgabe des § 2205 Satz 3 berechtigt[2]).

E I 1902 II 2077 M 5, 234, 235 P 5, 528—530, 542, 543.

1. **Befreiung von den Beschränkungen des § 2206** durch letztwillige Anordnung entsprechend dem befreiten Vorerben § 2136. Sie gilt im Falle des § 2209 als stillschweigend ausgesprochen. Der TV bleibt gleichwohl zur ordnungsmäßigen Verwaltung verpflichtet (§§ 2220, 2216), kann deshalb auch in diesem Falle zu seiner Entlastung die Einwilligung des Erben nach § 2206 Abs 2 verlangen (a. M. Staudinger).

2. Zu **Schenkungsversprechen** kann der TV (ebensowenig wie der Vorerbe §§ 2136, 2113 Abs 2) allgemein auch vom Erblasser nicht ermächtigt werden.

§ 2208

Der Testamentsvollstrecker hat die in den §§ 2203 bis 2206 bestimmten Rechte nicht, soweit anzunehmen ist, daß sie ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen[1]). Unterliegen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nur einzelne Nachlaßgegenstände, so stehen ihm die im § 2205 Satz 2 bestimmten Befugnisse nur in Ansehung dieser Gegenstände zu[2]).

Hat der Testamentsvollstrecker Verfügungen des Erblassers nicht selbst zur Ausführung zu bringen, so kann er die Ausführung von dem Erben verlangen, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist[3]).

E I 1905 II 2078 M 5, 241 P 5, 302, 309, 310, 528, 542, 543, 545.

1. Die **Beschränkung der Rechte** des TV oder ihre völlige Entziehung braucht nicht letztwillig angeordnet zu sein. Es genügt, wenn ein dahin gehender Wille des Erblassers sonst kundgegeben oder aus den Umständen ermittelt ist. Daß sie als Ausnahme von der Regel der §§ 2203—2206 gewollt sei, hat zu beweisen, wer sich hierauf beruft (RG 61, 142). Die Beschränkung ist auch gegen Dritte wirksam. Sie ist in dem Zeugnis des § 2368 anzugeben, soweit sie sich auf das Verwaltungsrecht des TV bezieht. Ist dies unterblieben, so ist der Dritte gemäß § 2366 durch den öffentlichen Glauben des Zeugnisses geschützt. Hiervon abgesehen kann er sich auf Unkenntnis der Beschränkung nicht berufen.

2. Ist das Verwaltungsrecht des TV **gegenständlich beschränkt**, so hat er nur in Ansehung der einzelnen Nachlaßgegenstände (Sachen, Rechte, auch Inbegriffe von Gegenständen, z. B. Handelsgeschäft) das Recht auf Besitzergreifung und das Verfügungsrecht, jedoch inhaltlich im vollen Umfange des § 2205. Insbesondere ist er ermächtigt, in Beziehung auf diesen Gegenstand nach § 2206 für den Nachlaß Verbindlichkeiten einzugehen.

3. Dem TV verbleibt das **Aufsichtsrecht über Ausführung der letztwilligen Verfügungen,** wenn ihm, gegen § 2203, die Ausführung selbst nicht zusteht. Kraft dessen kann er gegen den Erben oder nach § 2223 gegen den beschwerten Vermächtnisnehmer im Klagewege vorgehen, wenn der Beschwerte nicht einen andern, irgendwie erklärten Willen des Erblassers nachweist. — Eine Erweiterung der Machtbefugnisse des TV über die Grenzen der §§ 2203—2206 hinaus, insbesondere die allgemeine Ermächtigung zu Schenkungen ist ungültig (§ 2207 A 2). Authentische Auslegung des Testaments s. § 2203 a. E. Doch kann überall da, wo einem Dritten vom Erblasser gewisse Befugnisse übertragen werden dürfen (so §§ 2048, 2151, 2153—2156, 2193), auch der TV als dieser Dritte bestimmt werden. Soweit dem TV „sonstige Aufgaben" zugewiesen sind (§ 2209 A 2), erwachsen ihm daraus keine selbständigen Befugnisse. Die nur in Beziehung auf einen Erbteil angeordnete Vollstreckung berechtigt den TV nicht zur Verfügung nach § 2033, sondern nur zur Vertretung des Erben und Mitwirkung bei der Auseinandersetzung. Ob ihm auch die Verwaltung an den dem Erben zugeteilten Gegenständen zustehen soll, ist Auslegungsfrage.

§ 2209

Der Erblasser kann einem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses übertragen, ohne ihm andere Aufgaben als die Verwaltung zuzuweisen;[1]) er kann auch anordnen, daß der Testamentsvollstrecker die Verwaltung nach der Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben fortzuführen hat[2]). Im Zweifel ist anzunehmen, daß einem solchen Testamentsvollstrecker die im § 2207 bezeichnete Ermächtigung erteilt ist[3]).

E II 2079 P 5, 302, 303, 305—307, 529, 530, 543, 546.

1. Ist dem TV **nur die Verwaltung** als einzige oder doch die beiden anderen Hauptaufgaben (§§ 2203, 2204) überdauernde Verrichtung zugewiesen, so ist die Wirksamkeit einer solchen Anordnung nach § 2210 zeitlich begrenzt. Die Verwaltung kann sich auf den ganzen Nachlaß erstrecken (§ 2205) und wird dann regelmäßig ein Teilungsverbot in sich begreifen (§ 2044). Sie kann nach § 2208 auch inhaltlich oder gegenständlich beschränkt sein. Die Anordnung ermöglicht dem Erblasser, den Erben auf geraume Zeit, insbesondere über die Volljährigkeit hinaus von der Verfügung über den Nachlaß auszuschließen, § 2211 Abs 1, so insbesondere bei der Enterbung in guter Absicht, § 2338 A 4, und zugleich den Zugriff seiner Gläubiger auf den Nachlaß zu verhindern, § 2214. Sie ist ferner ein Mittel, das gesetzliche Verwaltungsrecht des elterlichen Gewalthabers oder des Vormundes (§§ 1638, 1686, 1794) auszuschließen, ohne daß die Bestellung eines Pflegers (§ 1909) erforderlich wäre. Oder auch dem Gewalthaber (z. B. der Witwe) die Verwaltung in der Eigenschaft als TV und deshalb frei von den sonst bestehenden gesetzlichen Beschränkungen zu übertragen. Von den hierin liegenden Beschränkungen seines Erbrechts kann sich der Erbe nur gemäß § 2306 (Pflichtteil) freimachen. Für das Rechtsverhältnis zwischen TV und Erben bleiben während der Dauer der Verwaltung die §§ 2215—2219 maßgebend.

2. Der Kreis der dem TV zuzuweisenden **sonstigen Aufgaben** (z. B. Erziehung der Kinder, Herausgabe des literarischen Nachlasses, Leistung von Rechtsbeistand) ist vermöge der Testierfreiheit an sich unbeschränkt, der Erblasser kann sich hierzu auch der Auflage (§ 1940) oder der bedingten Zuwendung an den TV bedienen. Die gesetzlichen Befugnisse des TV vermag er aber hierdurch nicht zu erweitern (§ 2208 A 3).

3. Unbeschränkte **Ermächtigung zur Eingehung von Nachlaßverbindlichkeiten,** in Beziehung sei es auf den ganzen Nachlaß (§ 2207) oder auf einzelne seiner Verwaltung zugewiesene Nachlaßgegenstände (§ 2208 A 2).

§ 2210

Eine nach § 2209 getroffene Anordnung wird unwirksam, wenn seit dem Erbfalle dreißig Jahre verstrichen sind. Der Erblasser kann jedoch anordnen, daß die Verwaltung bis zum Tode des Erben oder des Testamentsvollstreckers oder bis zum Eintritt eines anderen Ereignisses in der Person des einen oder des anderen fortdauern soll[1]). Die Vorschrift des § 2163 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung[2]).

E II 2080 P 5, 303, 305, 308; 6, 91, 92.

1. Nur die **besondere Verwaltung** des § 2209 ist, wie die Nacherbschaft (§ 2109), das Vermächtnis (§ 2162) und das Teilungsverbot (§ 2044) **zeitlich begrenzt.** Die zur Erfüllung der nach §§ 2203, 2204 dem TV obliegenden oder der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben (§ 2209 A 2) erforderliche Verwaltungsbefugnis unterliegt diesen Grenzen nicht. Ein Wechsel in der Person des TV während dieses Zeitraums ist ohne Bedeutung, wenn die Verwaltungsdauer nicht auf Lebenszeit des TV abgestellt ist. Dem Erblasser ist eine **Verlängerung des Zeitraums** unter den gleichen Voraussetzungen wie in §§ 2109 Nr 1, 2163 Nr 1 (s. dort) gestattet. Soll die Verwaltung bis zum Tode eines Nachfolgers des TV (§ 2199 A 2) oder bis zum Eintritt eines Ereignisses in der Person dieses Nachfolgers dauern, so muß der betreffende Nachfolger, wenn eine Umgehung des Gesetzes verhütet werden soll, vor Ablauf von 30 Jahren mindestens ernannt sein. — Lebenszeit des Abkömmlings als Zeitgrenze im Falle des § 2338 (A 2).

2. Ist der TV eine **juristische Person,** so bewendet es bei der 30 jährigen Frist

§ 2211

Über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand kann der Erbe nicht verfügen[1]).

Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung[2]).

E I 1901 II 2081 Abs 1 Satz 1, Abs 2 M 5, 233, 234 P 5, 286, 287, 531, 532; 6, 129, 130.

1. **Kein Verfügungsrecht des Erben.** Das nach § 2205 dem TV übertragene und durch § 2208 nicht entzogene Verfügungsrecht über die Nachlaßgegenstände schließt, solange der Nachlaß im ganzen oder ein einzelner Nachlaßgegenstand der Verwaltung des TV unterliegt (§§ 2205 A 1, 2209, 2217 A 1), das Verfügungsrecht des Erben gänzlich aus. Und zwar sogleich vom Erbfall, nicht erst vom Amtsantritte des TV ab (§ 2202); a. M. Staudinger A 2. Zum Schutze des TV dient die Eintragung im Grundbuch und Schiffsregister, GBO § 53, FGG § 118. Nicht gehindert ist der Erbe, gemäß § 2033 über seinen Anteil am Nachlasse zu verfügen, ohne daß jedoch die Fortdauer der dem TV zustehenden Rechte am Erbteil oder den darauf zugeteilten Nachlaßgegenständen hierdurch beeinträchtigt wird (§ 2208 A 3). Verfügung ist gemeint als dingliche im Gegensatz zur tatsächlichen Verfügung und bloß schuldrechtlichen Verpflichtung (Vorbem 7 vor § 104). Der Erbe ist daher durch das Verfügungsrecht des TV an der Eingehung von Schuldverhältnissen in Beziehung auf einen Nachlaßgegenstand, auch am Abschluß des Erbschaftskaufes (§ 2376 A 3) nicht gehindert, kann aber nicht erfüllen, solange ihm das Verfügungsrecht des TV entgegensteht oder wenn der TV anderweit verfügt hat. Die dennoch vorgenommene Verfügung des Erben ist jedoch nur relativ unwirksam, d. h. gleich dem Veräußerungsverbot des § 135 nur gegenüber dem geschützten TV selbst und denjenigen Personen, in deren Interesse die Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Insoweit kann die Unwirksamkeit aber auch im Konkurse des Erben geltend gemacht werden (§ 2214, KO § 13). Eine bedingt oder betagt — für den Fall der Erlangung des freien Verfügungsrechts — vom Erben vorgenommene Verfügung wird mit Eintritt der Bedingung oder des Termins ohne weiteres wirksam und erzeugt gemäß § 160 schon vorher eine Bindung der Beteiligten. Aber auch die unbedingt getroffene Verfügung des Erben wird nach § 185 Abs 2 dadurch wirksam, daß sie der TV genehmigt oder daß der Erbe zwar nicht den Gegenstand selbst, aber doch die freie Verfügung darüber erwirbt.

2. Der **Schutz des guten Glaubens** steht dem Erwerber eines Grundstücks oder eines eingetragenen Rechtes (§§ 892, 893), einer beweglichen Sache (§§ 932 ff.), eines Nießbrauchs oder Pfandrechts (§§ 1032, 1207) dann zur Seite, wenn er sich unverschuldet in Unkenntnis darüber befindet, daß die Sache überhaupt zum Nachlaß gehört oder daß ein TV bestellt ist oder wenn er irrig glaubt, daß die Sache der Verwaltung des TV nicht unterliege.

§ 2212

Ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht kann nur von dem Testamentsvollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden[1]).

E I 1903 Abs 1 II 2082 M 5, 235, 236 P 5, 287—291, 532.

1. Die **gerichtliche Geltendmachung** eines Rechtes ist dem TV ebenso ausschließlich vorbehalten wie das Verfügungsrecht (§§ 2205, 2211), wenn und insoweit das betreffende Recht seiner Verwaltung unterliegt (§§ 2205 A 1, 2208, 2209, 2217 A 1), gleichviel ob die Geltendmachung vor den ordentlichen oder vor Verwaltungsgerichten, im Schiedsverfahren, im Wege der Klage, Einrede, Widerklage oder durch Aufrechnung im Prozesse erfolgt (RG 61, 145). Passivprozeß § 2213. Der Erbe ist hiervon gänzlich ausgeschlossen, nur der TV ist Partei (RG 3. 11. 06 V 51/06, a. M. Staudinger A I, A), selbst im Falle des Interessenwiderstreits. Lehnt er die Prozeßführung ab, so kann der Erbe nur seine Entlassung beantragen (§ 2227) oder ihn nach § 2218 im Klagewege dazu anhalten (RG Gruch 50, 387). Da jedoch das Urteil für und gegen den Erben wirkt (ZPO § 327), so kann er als Nebenintervenient beitreten und gilt dann als Streitgenosse des TV (ZPO §§ 66, 69). Durch §§ 2216 Abs 1, 2219 kann der TV auch verpflichtet sein, ihm den Streit zu verkünden (ZPO §§ 72 ff.). Hauptintervention des Erben (ZPO § 64) ist denkbar, wenn er dem TV seine Vollstreckereigenschaft oder wenn er bestreitet, daß das betreffende Recht seiner Verwaltung unterliege. Unterbrechung des Verfahrens ZPO § 243. Sie tritt nicht ein, wenn sich das Amt des TV während des Prozesses erledigt. Vollstreckbare Ausfertigung für und gegen den Erben ZPO § 728. Auch zur Erhebung des Erbschaftsanspruchs gegen den dritten Erbschaftsbesitzer ist der TV ausschließlich legitimiert (§ 2018 A 1), ebenso zur Erhebung der erbschaftlichen Einzelansprüche nach § 2029. Da jedoch das Erbrecht selbst der Verwaltung des TV nicht unterliegt, so schafft die hierüber incidenter ergehende Entscheidung (RG JW 09, 52[18]) auch keine Rechtskraft für und gegen den Erben (ZPO § 327). Der Erbe bleibt vielmehr insoweit allein oder neben dem TV klageberechtigt. Dagegen ist der Erbschaftsanspruch des TV selbst gegen den durch Verfügung von Todes wegen ernannten Erben unter der Behauptung, daß er nicht Erbe sei, ausgeschlossen (§ 2203 A 1). Die unter mehreren Erbpräten-

denten ergangene Entscheidung bindet den TV nicht, wird ihn aber regelmäßig befreien, wenn er an die siegreiche Partei leistet. — Die Kosten des Prozesses treffen, wenn der TV unterliegt, den Nachlaß. Der verwaltende TV ist berechtigt, das Aufgebot (ZPO § 991), die Eröffnung des Nachlaßkonkurses (KO § 217) und die Anordnung der Nachlaßverwaltung zu beantragen (§ 1981 A 1).

§ 2213

Ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, kann sowohl gegen den Erben als gegen den Testamentsvollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden[1]). Steht dem Testamentsvollstrecker nicht die Verwaltung des Nachlasses zu, so ist die Geltendmachung nur gegen den Erben zulässig[2]). Ein Pflichtteilsanspruch kann, auch wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht, nur gegen den Erben geltend gemacht werden[3]).

Die Vorschrift des § 1958 findet auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung[4]).

Ein Nachlaßgläubiger, der seinen Anspruch gegen den Erben geltend macht, kann den Anspruch auch gegen den Testamentsvollstrecker dahin geltend machen, daß dieser die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände dulde[5]).

E I 1903 Abs 2, 1904 II 2083 Abs 1, 2 M 5, 236, 237 P 5, 287—289, 291—301, 532—539, 541, 542; 6, 349, 350, 396, 397.

1. **Passivlegitimation** des TV. Während im Aktivprozesse die Prozeßlegitimation dem verwaltenden TV ausschließlich zusteht (§ 2212), ist als Beklagter im Passivprozesse regelmäßig sowohl der Erbe, als Schuldner der betreffenden dinglichen oder persönlichen Nachlaßverbindlichkeit, wie der Testamentsvollstrecker, dieser mit Rücksicht auf sein Verfügungsrecht über den Nachlaß (§ 2205 A 3) legitimiert. Dies gilt auch dann, wenn es sich um einen bloßen Feststellungsanspruch handelt. Er kann nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft von einem Miterben auch gegen den nur vom überlebenden Ehegatten bestellten TV geltend gemacht werden (RG 14. 5. 06 IV 580/05). Jedenfalls ist die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß nur auf Grund eines gegen den TV ergangenen Urteils möglich (ZPO § 748 Abs 1 und A 5 unten). Die Klagerhebung gegen den Erben allein ist mithin in Ansehung des Nachlasses nutzlos oder kann doch erst nach Beendigung des TV-Amtes Wirkung äußern. Aus einem nur gegen den Erben erlassenen Schiedsspruch kann daher auch das Vollstreckungsurteil des § 1042 ZPO nicht gegen den TV ergehen (RG 56, 327). Dagegen wirkt das gegen den TV allein ergangene Urteil nach ZPO § 327 auch (für und) gegen den Erben, selbst wenn er unbeschränkt haftet. Ist die Klage nur gegen den einen oder den andren erhoben, so kann jeder dem andern als Nebenintervenient beitreten (ZPO §§ 66 ff.), der Erbe wird dadurch Streitgenosse des verklagten TV, nicht aber umgekehrt der TV Streitgenosse des verklagten Erben (ZPO § 69). Die Streitverkündung an den andren steht dem TV immer, gegebenenfalls auch dem Erben zu (ZPO § 72). Der Beginn einer Testamentsvollstreckung (§ 2202) wirkt Unterbrechung des gegen den Erben im Gange befindlichen Verfahrens (ZPO § 243), während die Beendigung des Amtes auf den Rechtsstreit ohne Einfluß bleibt. Vollstreckbare Ausfertigung des gegenüber dem TV ergangenen Urteils für und gegen den Erben ZPO § 728 Abs 2, desgleichen des gegen den Erblasser ergangenen Urteils für und gegen den TV ZPO § 749, s. auch § 779 Abs 2. Das gegen den TV erlassene Urteil bedarf nicht des Vorbehalts, ZPO § 780 Abs 2. Neben dem Gerichtsstande der Erbschaft (ZPO §§ 27, 28) kommt, da der TV selbst Partei ist (§ 2212 A 1), auch sein allgemeiner Gerichtsstand nach ZPO §§ 13 ff. in Betracht. — Passivlegitimation des TV beim Erbschaftsanspruch § 2018 A 4.

2. Voraussetzung für die Passivlegitimation des TV ist, daß ihm die **Verwaltung des ganzen Nachlasses zusteht** (§ 2205 A 1), mag er auch einzelne Nachlaßgegenstände dem Erben nach § 2217 zur freien Verfügung überlassen haben. Es sei denn, daß sich gerade hierauf der Rechtsstreit bezieht. Der TV ist überhaupt nicht legitimiert, wenn ihm die Verwaltung völlig entzogen ist und kann auch der Zwangsvollstreckung nicht widersprechen. Ist die Verwaltung auf einzelne Nachlaßgegenstände beschränkt (§ 2208 A 2), so ist der Anspruch selbst dann gegen den Erben zu verfolgen, wenn er sich, wie z. B. bei den dinglichen Klagen des § 24 ZPO, auf eben diesen Gegenstand bezieht. Doch ist nach ZPO § 748 Abs 2 die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand nur zulässig, wenn zugleich der TV zur Duldung verurteilt ist. Es genügt deshalb nicht, die Hypothekenklage auf Zahlung aus dem Grundstück (§§ 1113, 1191) nur gegen den TV zu richten, obwohl die Urteilsformel in diesem Falle der Fassung des Abs 3 zu entsprechen pflegt.

3. Der **Pflichtteilsanspruch** §§ 2303 ff., einschließlich **des Verlangens auf Auskunftserteilung** nach § 2314 (so **RG** 50, 224, dagegen Dernburg V § 111 A 10), kann zwar **nur gegen den Erben** geltend gemacht werden, doch bedarf es nach ZPO § 748 Abs 3 auch in diesem Falle des Urteils gegen den TV auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Dagegen ist es nicht Pflichtteilsanspruch, wenn der Pflichtteilsberechtigte auf Grund von § 2306 die Unwirksamkeit einer ihn beschränkenden Testamentsvollstreckung behauptet und deshalb negative Feststellungsklage gegen den TV erhebt oder wenn über den Bestand des Pflichtteilsrechtes nur incidenter gestritten wird.

4. Der Anspruch kann **vor Annahme der Erbschaft** nach § 1958 nicht gegen den Erben, wohl aber gegen den TV, soweit er passiv legitimiert ist, erhoben werden. Vorausgesetzt ist, daß sein Amt nach § 2202 begonnen hat. Entsprechend beim Nachlaßpfleger § 1960 Abs 3.

5. Steht dem TV die Verwaltung zu (§ 2) und handelt es sich nicht um einen Pflichtteilsanspruch (A 3), so steht es im Belieben des Nachlaßgläubigers, ob er Erben und TV — als Streitgenossen oder in besonderen Prozessen — beide auf Leistung (a. M. OLG 3, 12) oder ob er nur den Erben auf Leistung, den TV auf **Duldung der Zwangsvollstreckung** verklagen will. Auf diesen Anspruch ist er beschränkt, wenn das Verwaltungsrecht des TV sich nur auf einzelne Nachlaßgegenstände bezieht oder der Pflichtteil verlangt wird. Ist der Klageantrag gegen den TV gleichwohl auf Leistung gerichtet, so ist doch darin der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung als das Mindere mit enthalten und dementsprechend sogar in der Revisionsinstanz zu erkennen (**RG** 24. 6. 07 IV 121/07). Ohne ein dementsprechendes Urteil kann aber der Kläger nach ZPO § 748 Abs 2, 3 die Zwangsvollstreckung nicht betreiben. Der auf Duldung belangte TV ist nicht gehindert, gegen den geltend gemachten Anspruch, auch den Pflichtteilsanspruch, alle dem Erben zustehenden materiellen Einreden geltend zu machen. Daß gegen den Erben bereits rechtskräftiges Leistungsurteil ergangen ist, steht ihm nicht entgegen. Wohl aber kann er sich auf die Rechtskraft eines den Anspruch gegen den Erben abweisenden Urteils berufen.

§ 2214

Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlaßgläubigern gehören, können sich nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände halten[1]**.**

E II 2083 Abs 3 P 5, 297, 298, 542; 6, 398.

1. Nachlaßgläubiger § 2213. Durch Bestellung eines verwaltenden TV (§§ 2205, 2209) und auf die Dauer dieser Verwaltung (§ 2210) werden die **Privatgläubiger des Erben ausgeschlossen** vom Zugriff auf den Nachlaß überhaupt oder doch, wenn die Verwaltung des TV gegenständlich beschränkt ist (§ 2208 A 2), vom Zugriff auf die ihr unterliegenden Gegenstände. Diese Wirkung ist eine Folge der dem TV eingeräumten ausschließlichen Verfügungsmacht und tritt (wie § 2211 A 1) sogleich mit dem Erbfall, nicht erst mit dem Amtsbeginn des TV ein. Sie wirkt praktisch wie die Absonderung des Nachlasses vom Privatvermögen des Erben (Bem 2 vor § 1967), verhindert aber mangels einer positiven dem § 1976 entsprechenden Vorschrift nicht das Erlöschen durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit (a. M. Strohal § 40a A 44). Die Vorschrift des § 2214 gehört dem materiellen Recht an, sie kommt deshalb trotz KO § 13 auch im Konkurse des Erben voll zur Wirkung. Sie ist von Amtswegen zu beachten und wo nötig auf dem Wege des § 766 ZPO zur Geltung zu bringen. Die Pfändung des Anteils eines Miterben (§ 2033 A 3), jedoch unbeschadet des dem TV an den zugeteilten Gegenständen zustehenden ausschließlichen Verfügungsrechtes (§ 2211 Abs 1) ist dem Privatgläubiger des Miterben nicht verwehrt.

§ 2215

Der Testamentsvollstrecker hat dem Erben unverzüglich nach der Annahme des Amtes ein Verzeichnis der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände und der bekannten Nachlaßverbindlichkeiten mitzuteilen[1]**) und ihm die zur Aufnahme des Inventars sonst erforderliche Beihülfe zu leisten**[2]**).**

Das Verzeichnis ist mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von dem Testamentsvollstrecker zu unterzeichnen; der Testamentsvollstrecker hat auf Verlangen die Unterzeichnung öffentlich beglaubigen zu lassen[3]**)**

Der Erbe kann verlangen, daß er bei der Aufnahme des Verzeichnisses zugezogen wird[4]**).**

Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt und auf Verlangen des Erben verpflichtet, das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufnehmen zu lassen[5]).

Die Kosten der Aufnahme und der Beglaubigung fallen dem Nachlasse zur Last[6]).

E I 1906 II 2084 M 5, 241, 242 P 5, 310—312.

Befreiung unzulässig § 2220.

1. Der TV hat dem Erben das **Nachlaßverzeichnis** unverzüglich (§ 121) nach Annahme des Amtes (§ 2202) und unverlangt mitzuteilen. Doch kann ihm der Erbe — nicht auch der Erblasser — die Mitteilung erlassen. Die Verpflichtung besteht nur gegenüber dem Erben, erstreckt sich aber, wenn mehrere Erben vorhanden sind, jedem gegenüber auf den ganzen Nachlaß. Der Vermächtnisnehmer hat als solcher darauf keinen Anspruch. Ist er jedoch mit dem Nießbrauch am Nachlasse bedacht, so ergibt sich die Pflicht des TV zur Mitwirkung und Auskunft aus §§ 1035, 1068, übrigens auch § 2218 (RG JW 04, 338[7]). Gegebenenfalls hat der TV nach § 260 Abs 1 den Offenbarungseid zu leisten. Das Verzeichnis dient als Grundlage der dem TV obliegenden ordnungsmäßigen Verwaltung (§ 2216 Abs 1) und ist für seine Schadensersatzpflicht von Bedeutung (§ 2219).

2. Die Pflicht zur **Beihilfe bei Aufnahme des Inventars** besteht selbständig neben der Verzeichnispflicht des TV, wenn der Erbe freiwillig (§ 1993) oder weil ihm Inventarfrist bestimmt ist (§ 1994), dazu verschreitet. Dem TV selbst kann die Frist nicht bestimmt werden. Die Beihilfe besteht insbesondere in Auskunftserteilung über die Nachlaßschulden, die in seinem Besitze befindlichen Nachlaßgegenstände und in deren Vorzeigung. Die für das Inventar erforderliche Beschreibung und Wertsangabe (§ 2001 Abs 2) ist zweckmäßig, aber für das Verzeichnis des TV nicht vorgeschrieben. Entspricht es den Anforderungen des Inventars, so kann sich der Erbe nach § 2004 hierauf berufen. Der Erbe ist seinerseits dem TV nur im Umfange des § 2205 A 2 auskunftspflichtig.

3. Das privatschriftliche Verzeichnis genügt wie beim Vorerben (§ 2121). **Beglaubigung** (§ 129) kann vom Erben verlangt werden.

4. Verlangen der **Zuziehung** wie beim Nacherben s. § 2121 A 2.

5. Entsprechend den Vorschriften beim Inventar § 2002.

6. Die **Kosten** sind im Konkurse Masseschulden, KO § 224 Nr 5. Entsprechend § 2121 Abs 4. — Zur Sicherheitsleistung ist der TV durch das Gesetz nicht verpflichtet. Schadensersatzpflicht § 2219.

§ 2216

Der Testamentsvollstrecker ist zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet[1]).

Anordnungen, die der Erblasser für die Verwaltung durch letztwillige Verfügung getroffen hat, sind von dem Testamentsvollstrecker zu befolgen[2]). Sie können jedoch auf Antrag des Testamentsvollstreckers oder eines andern Beteiligten von dem Nachlaßgericht außer Kraft gesetzt werden, wenn ihre Befolgung den Nachlaß erheblich gefährden würde[3]). Das Gericht soll vor der Entscheidung soweit tunlich die Beteiligten hören[4]).

E I 1899 Abs 1 Satz 1 II 2085 M 5, 231 P 5, 276—279, 283, 284, 531.

Befreiung unzulässig § 2220.

1. Begriff der **ordnungsmäßigen Verwaltung** §§ 2038, 276. Der Inhalt der Verwaltungspflicht bestimmt sich näher danach, ob dem TV die Verwaltung nur als Mittel zur Ausführung der letztwilligen Verfügungen und zur Erbauseinandersetzung (§§ 2203, 2204), oder ob sie ihm für längere Dauer, in größerem oder geringerem Umfange, als Selbstzweck oder zur Erfüllung sonstiger Aufgaben übertragen ist (§§ 2205, 2208, 2209). Eingehung von Verbindlichkeiten aus Anlaß der Verwaltung §§ 2206, 2207. Der TV ist für seine Verwaltung den Erben, denen auch gegenüber einzelnen Verwaltungsmaßregeln ein Klagrecht zusteht (RG 73, 26) und etwaigen Vermächtnisnehmern (§ 2219), nicht aber, wie der Nachlaßverwalter (§ 1985 A 3) unmittelbar auch den Nachlaßgläubigern verantwortlich. Doch versteht sich von selbst, daß er ihre Interessen gleich dem Erben selbst (§ 1978 A 2) vorzugsweise mit im Auge zu behalten hat. Grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit als Entlassungsgrund § 2227 Abs 1.

2. **Anordnungen des Erblassers** verpflichten den TV nur wenn sie letztwillig getroffen sind. Soweit sie ihm vertragsmäßig erteilt sind, könnten sie vom Erben jederzeit widerrufen werden (§ 2197 A 1). Sind sie unwirksam und als solche von ihm erkannt, so

darf sie der TV nicht befolgen. Soweit sie seine Rechte aufheben oder beschränken, ist er gegebenenfalls zur Anfechtung berechtigt (§ 2203 A 1).

3. **Außerkraftsetzung durch das Nachlaßgericht** setzt einen Antrag des TV oder anderer Beteiligter (§ 2198 A 3, wiewohl mit Ausschluß der Nachlaßgläubiger) und die Besorgnis einer erheblichen Gefährdung des Nachlasses voraus (ähnlich bei der Verwaltung des Vormundes und des Gewalthabers, §§ 1803 Abs 2, 1639 Abs 2). Bloße Unzweckmäßigkeit genügt nicht, auch die Abänderung wird möglichst im Sinne des Erblassers zu erfolgen haben. Teilungsanordnungen (§ 2048) kann das Nachlaßgericht nur aufheben, soweit sie mit Verwaltungsanordnungen zusammmenfallen, z. B. die übertrieben hohe Preisfestsetzung für ein notwendig zu veräußerndes Grundstück.

4. **Gehör der Beteiligten**, insbesondere auch des TV selbst (wie in §§ 1826, 1827 2200, 2227, 2360), soweit sie tunlich, d. h. ohne übermäßigen Aufwand an Zeit und Kosten ausführbar ist. Gegen die Ablehnung wie gegen den Inhalt der Entscheidung steht nach FGG §§ 19 ff., 20 Abs 2, 82, wenn mehrere TVV bestellt sind, jedem von ihnen einfache Beschwerde zu. — Der Erblasser kann den TV von der Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung weder befreien noch das Maß der von ihm zu vertretenden Sorgfalt (§ 276) herabmindern (a. M. Strohal § 40 a A 37), noch die Unabänderlichkeit seiner Anordnungen bestimmen.

§ 2217

Der Testamentsvollstrecker hat Nachlaßgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen[1]. Mit der Überlassung erlischt sein Recht zur Verwaltung der Gegenstände[2].

Wegen Nachlaßverbindlichkeiten, die nicht auf einem Vermächtnis oder einer Auflage beruhen, sowie wegen bedingter und betagter Vermächtnisse oder Auflagen kann der Testamentsvollstrecker die Überlassung der Gegenstände nicht verweigern, wenn der Erbe für die Berichtigung der Verbindlichkeiten oder für die Vollziehung der Vermächtnisse oder Auflagen Sicherheit leistet[3].

E I 1907 II 2086 M 5, 242, 243, P 5 312—314, 543.

1. Der TV hat schon vor Beendigung seines Amtes **Nachlaßgegenstände dem Erben zu überlassen**, soweit offenbar, d. h. ohne weitläufige Beweiserhebungen (P 5, 313, s. auch §§ 319, 1591, 1717, 2048) erhellt, daß er ihrer nicht bedarf. Beschränken sich die Obliegenheiten des TV auf Ausführung letztwilliger Verfügungen und Auseinandersetzung (§§ 2203, 2204,) so bedarf er der Nachlaßgegenstände nur insoweit, als er sie Dritten herauszugeben, oder, um Mittel zur Tilgung der Nachlaßverbindlichkeiten zu gewinnen, zu versilbern hat. Ist er dagegen schlechthin und auf längere Dauer mit der Verwaltung beauftragt (§ 2209), so werden hiervon regelmäßig alle Nachlaßgegenstände betroffen, an denen fremde Verwaltung möglich ist (§ 2205 A 3). Ist die Verwaltung auf einzelne Nachlaßgegenstände beschränkt (§ 2208 A 2), z. B. auf ein Landgut, Handelsgeschäft, so ist Tatfrage, welche einzelne Gegenstände dem TV hierfür entbehrlich sind. Er ist nur auf Verlangen des Erben, das nötigenfalls im Klagewege geltend zu machen ist, zur Überlassung verpflichtet, hat aber, wenn er die Gegenstände herauszugeben oder von vornherein im Besitze des Erben zu belassen hat (§ 2205 A 2), ihm die freie Verfügung darüber zu verschaffen, sonach ihn beschränkende Eintragungen (GBO § 53, FGG § 118) löschen zu lassen.

2. Mit der Überlassung **erlischt das Verwaltungsrecht**, zugleich aber das hiervon unzertrennliche Verfügungsrecht des TV (§§ 2205 A 3, 2211 A 1), ebenso das Recht in Beziehung auf diese Gegenstände Nachlaßverbindlichkeiten einzugehen (§ 2206 A 1) und darüber Prozeß zu führen (§§ 2212 A 1, 2213 A 2). Ist der Gegenstand einmal dem Erben zur freien Verfügung überlassen, so kann ihn der TV nicht mehr, auch wegen Irrtums nicht zurückfordern.

3. Durch **Sicherheitsleistung** nach §§ 232 ff. kann der Erbe die Herausgabe immer dann erzwingen, wenn der TV die Nachlaßgegenstände zurückhalten will, um sie zum Zwecke der Tilgung gewöhnlicher Nachlaßverbindlichkeiten einschließlich der Pflichtteilsansprüche zu versilbern, oder wenn er bestimmte Gegenstände beim Eintritt einer Bedingung oder eines Termins an bestimmte Bedachte oder Auflageberechtigte auszuhändigen hat. Nicht dagegen kann er die Überlassung von Gegenständen fordern, die zur Vollziehung bereits fälliger Vermächtnisse und Auflagen bestimmt sind. Die Sicherheit ist dem TV zu bestellen und kann von dem beteiligten Gläubiger nur in Anspruch genommen werden, wenn sie ihm abgetreten oder im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen ist. — Der TV kann durch den Erblasser von der Überlassungspflicht befreit werden, in § 2220 ist § 2217 nicht mit angezogen. Haftung des TV nach § 32 des RErbschStG v. 3. 6. 06.

§ 2218

Auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664, 666 bis 668, 670, des § 673 Satz 2 und des § 674 entsprechende Anwendung[1]).

Bei einer länger dauernden Verwaltung kann der Erbe jährlich Rechnungslegung verlangen[2]).

E I 1908 Abs 1, 2 II 2087 M 5, 244 P 5, 263, 314—316.

Befreiung unzulässig § 2220.

1. **Das Rechtsverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Erben** ist nicht selbst Auftrag, sondern nur in gewissen Beziehungen dem Auftrag nachgebildet. Es ergeben § 664: Der TV kann sein Amt zwar jederzeit niederlegen (§ 2226), auch im Falle des § 2199 Abs 2 einen Nachfolger ernennen, darf es aber im Ganzen nicht einem Dritten übertragen, auch nicht in dem Sinne einen Dritten oder einen Mitvollstrecker zum Generalbevollmächtigten bestellen, daß er diesen frei schalten läßt. Überträgt er dem Dritten einzelne Verrichtungen, wozu er regelmäßig als ermächtigt gelten darf, im Falle der Verhinderung sogar verpflichtet sein kann, so haftet er für Verschulden in der Auswahl sowie für Verschulden eines Gehilfen. Umgekehrt kann auch der Erbe seine aus §§ 2215—2217 gegen den TV zustehenden Ansprüche selbst nicht übertragen, wohl aber die auf diesem Grunde entstandenen Herausgabe- und Ersatzansprüche. Der TV tritt jedoch im Falle der Veräußerung des Erbanteils (§ 2033) zu dem Erwerber ohne weiteres in Beziehungen. § 666: Benachrichtigungs- und Auskunftspflicht, Rechenschaftsablegung nach Endigung des Amtes (s. auch Abs 2 und § 259, unter Umständen auch schon vorher Anspruch des TV auf Entlastung wegen eines einzelnen Geschäfts RG Warn 09 Nr 245). § 667: Herausgabe der Erbschaft nach, im Falle des § 2217 schon vor Endigung des Amtes. § 668: Verzinsung für sich verwendeten Geldes. § 670: Ersatzpflicht des Erben für Aufwendungen des TV innerhalb der Grenzen seiner Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten (s. auch KO § 224 Nr 6). Zurückbehaltungsrecht des TV § 273, aber kein Recht auf Vorschuß (§ 669 nicht anwendbar). § 673 Satz 2: Anzeige- und vorläufige Besorgungspflicht der Erben des TV, wenn das Amt nach § 2225 durch seinen Tod endete. § 674: Das ohne Wissen des TV, z. B. durch Eintritt einer auflösenden Bedingung (Verheiratung des Erben) oder gemäß § 2210 Satz 2 erlöschende Amt gilt zugunsten des TV als fortbestehend, bis er vom Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß. Unter diesen Voraussetzungen ist auch der von TV abgeleitete Erwerb des gutgläubigen Dritten geschützt (§ 169). Nicht aber, wenn der TV in bösem oder wenn er fahrlässiger Weise in falschem Glauben war. Auch der Vorweis des Zeugnisses deckt in diesem Falle den Dritten nicht (§ 2368 A 7). Nur der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§§ 892, 893) kann ihm aufhelfen.

2. Abweichung von § 666 in besonderem Hinblick auf §§ 2209, 2210. — Zu andern Beteiligten als dem Erben steht der TV von § 2219 A 2 abgesehen überhaupt in keinem Rechtsverhältnis. Insbesondere ist er dem Pflichtteilsberechtigten und dem Vermächtnisnehmer nicht zur Auskunft verpflichtet (RG 50, 224 und JW 04, 338[7]).

§ 2219

Verletzt der Testamentsvollstrecker die ihm obliegenden Verpflichtungen, so ist er, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, für den daraus entstehenden Schaden dem Erben[1]) und, soweit ein Vermächtnis zu vollziehen ist, auch dem Vermächtnisnehmer verantwortlich[2]).

Mehrere Testamentsvollstrecker, denen ein Verschulden zur Last fällt, haften als Gesamtschuldner[3]).

E I 1908 Abs 1 II 2088 M 5, 244 P 5, 263, 315.

Befreiung unzulässig § 2220.

1. Der TV steht nur zum Erben, gegebenenfalls auch dem Vor- oder Nacherben, in einem gesetzlichen Schuldverhältnis (§ 2218) und ist deshalb grundsätzlich **nur dem Erben schadensersatzpflichtig**, ausnahmsweise auch dem Vermächtnisnehmer. Sämtliche dem TV obliegende Verrichtungen (§§ 2203—2209, 2212—2218, 2226 Satz 3) unterstehen danach dem Grundsatz des § 276, wonach er Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Klagerecht des einzelnen Miterben auf Erfüllung seiner Obliegenheiten RG 73, 28. Kann ihn der Erblasser hiervon nicht — ganz oder teilweise — befreien (§ 2220), so kann er auch das Maß seiner Vertretungspflicht nicht herabmindern (a. M. Strohal § 40a A 36). Seine Haftung für Vertreter und Gehilfen ergibt § 664 (§ 2218 A 1). Steht ihm die Ernennung eines Mitvollstreckers oder des Nachfolgers zu (§ 2199), so hat er ein bei der Auswahl ihn treffendes Verschulden

gleichfalls zu vertreten. Ebenso haftet im Falle des § 2200 nach § 839 der Nachlaßrichter. Schadensersatz §§ 249 ff. Strafrechtliche Verantwortung des TV StGB § 266 Nr 1, Haftung für die Erbschaftssteuer RErbschStG v. 3. 6. 06 § 32. Die Haftung des Erben für Handlungen des TV erstreckt sich soweit, als dadurch Nachlaßverbindlichkeiten begründet werden, § 1967. Dies trifft zu, soweit der TV innerhalb des durch die letztwillige Verfügung des Erblassers und die gesetzlichen Vorschriften bestimmten Rechtskreises tätig wird, nicht aber soweit er aus Veranlassung seines Amtes Dritten Schaden zufügt.

2. Die Haftung des TV ist durch positive Vorschrift auch **gegenüber dem Vermächtnisnehmer** begründet, und zwar auch wenn es sich, wie im Falle des § 2223, um ein Untervermächtnis handelt. Die Schadensersatzpflicht tritt nur ein, soweit der Bedachte vom Beschwerten Befriedigung nicht erlangen kann. Überdies, wenn der Erbe beschwert ist, nur in dem Umfange, in dem dieser nach §§ 1991 Abs 4, 1992 zur Entrichtung des Vermächtnisses verbunden war.

3. Die **gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Vollstrecker** (§§ 421 ff.) — vorausgesetzt, daß jeden ein Mitverschulden trifft — entspricht der Haftung mehrerer Vorstandsmitglieder und Liquidatoren (§§ 42, 53) oder mehrerer Vormünder (§ 1833). Sie besteht nur, soweit sie das Amt gemeinschaftlich führen (§ 2224). Ist jedem ein besonderer Wirkungskreis zugewiesen, so haftet er für sich allein, wenn den übrigen auch kein Aufsichtsrecht zusteht. Im Verhältnis zueinander sind sie nach § 426 zu gleichen Teilen ersatzpflichtig. Der bloß aufsichtsführende TV (§ 2208 A 3) kann jedoch entsprechend § 1833 Abs 2 von den übrigen nicht mit in Anspruch genommen werden. Verjährung § 195. Haftung aus unerlaubter Handlung §§ 840, 852.

§ 2220

Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker nicht von den ihm nach den §§ 2215, 2216, 2218, 2219 obliegenden Verpflichtungen befreien.

E I 1906 Abs 1, 1908 Abs 3 II 2089 M 5, 241, 242, 244 P 5, 263, 310, 314, 316; 6, 98.

Bei den betreffenden Vorschriften bereits berücksichtigt.

§ 2221

Der Testamentsvollstrecker kann für die Führung seines Amtes eine angemessene Vergütung verlangen, sofern nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat[1]).

E I 1909 Satz 1 II 2090 M 5, 244, 245, P 5, 316, 317.

1. **Vergütung.** Hat der Erblasser letztwillig selbst eine Vergütung ausgeworfen oder hat er jede Vergütung ausgeschlossen, so bleibt diese Bestimmung maßgebend, wenn sie nicht durch Vertrag mit dem Erben geändert wird. Ob in der Tatsache, daß dem TV eine Zuwendung gemacht ist, der Ausschluß eines besonderen Vergütungsanspruchs zu befinden sei, ist Auslegungsfrage. Die Vergütung ist, auch wenn sie letztwillig zugesprochen ist, kein Vermächtnis, sondern eine gewöhnliche Nachlaßverbindlichkeit. Es sei denn, daß aus der unangemessenen Höhe der zugebilligten Vergütung ein Vermächtniswille erhellt (§ 1939). Die Vergütung ist im Nachlaßkonkurse Masseschuld, KO § 224 Nr 6 und selbst dann aus dem ganzen Nachlasse zu entrichten, wenn der TV nur für einen Erbteil bestellt ist. Dem Nachlaßgericht steht (anders beim Nachlaßpfleger §§ 1960 A 5, 1836) die Festsetzung nicht zu. Der TV hat vielmehr den Vergütungsanspruch da nötig im Prozesse gegen den Erben geltend zu machen, der wiederum die beschränkte Haftung vorschützen kann. Neben der Vergütung hat der TV Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen (§§ 2218, 670) sowie auf Bezahlung der berufsmäßigen, regelmäßig nur gegen Entgelt geleisteten Dienste (Rechtsanwalt), soweit auch der Laien-TV derartige Dienste innerhalb seines Amtes nicht selbst verrichtet haben würde (§ 1835 Abs 2). Leistung von Vorschüssen (§ 669) kann er vom Erben nicht verlangen, umso weniger, als er selbst über den Nachlaß verfügen kann. Die Vergütung ist regelmäßig nach Beendigung des Amtes, bei länger andauernder Verwaltung periodisch (§ 2218 Abs 2) zu entrichten. Im Falle vorzeitiger Beendigung des Amtes ist der an sich angemessene Satz entsprechend zu mindern (vgl. auch § 628).

§ 2222

Der Erblasser kann einen Testamentsvollstrecker auch zu dem Zwecke ernennen, daß dieser bis zu dem Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und dessen Pflichten erfüllt[1]).

E II 2091 P 5, 309; 6, 99.

1. **Testamentsvollstrecker im Interesse des Nacherben.** Der Wirkungskreis des TV erstreckt sich regelmäßig auf eine durch Erbfall oder Eintritt der Nacherbfolge bereits eröffnete

Erbschaft. § 2222 gestattet, schon vor Anfall der Nacherbschaft (§ 2139) zur Wahrnehmung der Rechte des Nacherben (§§ 2116—2119, 2121—2123, 2127—2129, ZPO § 773) und zur Erfüllung seiner Pflichten (§§ 2120, 2123) einen TV zu bestellen. Innerhalb der hierdurch gezogenen Grenzen gelten für den TV die allgemeinen Grundsätze, insbesondere seine ausschließliche Verfügungsmacht und Prozeßlegitimation (§§ 2211—2213). Durch die Ernennung eines solchen TV kann sich die sonst nach §§ 1909, 1912, 1913 gebotene Bestellung eines Pflegers für den Nacherben erledigen. Ist dem Vorerben ein TV bestellt, so steht an und für sich nichts im Wege, demselben TV auch die Fürsorge für den Nacherben zu übertragen. So insbesondere im Falle des § 2338. Denn mit der Bestellung einer gemeinschaftlichen Vertrauensperson für Vor- und Nacherben ist nicht notwendig ein Interessenwiderstreit geschaffen (a. M. OLG 10, 305, Dernburg V § 142 A 1). Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Vorerbe selbst zum TV für den Nacherben bestellt würde. Eine solche Bestellung hat deshalb als unwirksam zu gelten (RJA 10, 116), außer wenn der Vorerbe und TV nur Miterbe ist. Das Amt des gemäß § 2222 bestellten TV erledigt sich durch Ausschlagung des Vor- oder Nacherben und endigt mit Eintritt der Nacherbfolge. Eine hiermit erst wirksam werdende Testamentsvollstreckung für den Nacherben unterliegt den allgemeinen Vorschriften.

§ 2223

Der Erblasser kann einen Testamentsvollstrecker auch zu dem Zwecke ernennen, daß dieser für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen sorgt[1]).

E I 1910 II 2092 M 5, 245, 246 P 5, 317.

1. Dem TV ist zwar durch § 2203 allgemein die Ausführung letztwilliger Verfügungen übertragen. Da er jedoch grundsätzlich nur zum Erben in einem Rechtsverhältnis steht (§§ 2218 A 2, 2208 A 3), so bedurfte es einer besonderen Vorschrift, um ihn auch dem beschwerten Vermächtnisnehmer gegenüber zur **Fürsorge für Untervermächtnisse und Auflagen**, auch Nachvermächtnisse (§ 2191) zu ermächtigen. Der hierfür maßgebende Wille des Erblassers kann durch Auslegung aus der allgemeinen Bestellung des TV ermittelt werden. Die Fürsorge kann ihm aber auch als einzige Aufgabe übertragen sein. Auch für die so beschränkte Testamentsvollstreckung gelten, soweit anwendbar die allgemeinen Vorschriften, wobei der Erbschaft das beschwerte Vermächtnis gleichzustellen ist. Daraus folgt insbesondere, daß der Vermächtnisnehmer, soweit er beschwert ist, von der Verfügung über den Vermächtnisgegenstand und dessen gerichtlicher Einforderung ausgeschlossen ist (§§ 2211, 2212) und daß der TV gegen die Klage des Zweitbedachten und der Auflageberechtigten (§ 2194) im Umfange des § 2213 passiv legitimiert ist. Anderseits steht dem TV, soweit er die Beschwerung nicht selbst ausführen kann, nach § 2208 Abs 2 die Klage gegen den Beschwerten zu.

§ 2224

Mehrere Testamentsvollstrecker führen das Amt gemeinschaftlich[1]); bei einer Meinungsverschiedenheit entscheidet das Nachlaßgericht[2]). Fällt einer von ihnen weg, so führen die übrigen das Amt allein[3]). Der Erblasser kann abweichende Anordnungen treffen[4]).

Jeder Testamentsvollstrecker ist berechtigt, ohne Zustimmung der andern Testamentsvollstrecker diejenigen Maßregeln zu treffen, welche zur Erhaltung eines der gemeinschaftlichen Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstandes notwendig sind[5]).

E I 1893 II 2093 M 5, 222, 223 P 5, 255—257.

1. **Mehrere Testamentsvollstrecker** (§§ 2197, 2199, 2200 A 1) führen das Amt gemeinschaftlich sowohl nach innen, indem sie ihre Beschlüsse nur einstimmig fassen können, wie nach außen, indem sie (abweichend von HGB § 115 Abs 1) grundsätzlich sämtlich bei einem Rechtsgeschäft tätig zu werden haben. Doch können sie unbeschadet ihrer Haftung nach §§ 2118 A 1, 664 die Ausführung einem aus ihrer Mitte oder einem Dritten übertragen. Insoweit mehreren von ihnen ein Verschulden zur Last fällt, haften sie als Gesamtschuldner, § 2219 Abs 2. Eigenmächtige Teilung des Wirkungskreises entbindet sie nicht von der gemeinschaftlichen Verantwortung, s. aber A 4 und 5.

2. Das **Nachlaßgericht** ist zur **Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten** wie im Falle des § 1797 Abs 1 das Vormundschaftsgericht berufen. Der Prozeßweg unter den TVV ist damit ausgeschlossen (OLG 1, 196). Die Entscheidung bezüglich der Vornahme eines Rechtsgeschäfts tritt nach FGG §§ 82 Abs 2, 53 Abs 1, vorbehaltlich § 53 Abs 2 erst mit der Rechts-

kraft in Wirksamkeit. Die Beschwerde steht und zwar als sofortige jedem TV selbständig, überdies aber den sonstigen Beteiligten, Erben, Bedachten und Auflageberechtigten aus § 2194 zu (FGG §§ 60 Nr 6, 20, 82 Abs 1). Das Nachlaßgericht darf sich nicht insofern an die Stelle der TVV setzen, als es eine von keinem derselben vertretene Meinung zur Geltung bringt. Anderseits kann es nicht gezwungen werden, einer der Meinungen beizutreten, wenn es sämtliche Meinungen verwirft. Es hat deshalb, wenn es ihm nicht gelingt, einen der TVV zur entsprechenden Antragstellung zu bestimmen, die Entscheidung abzulehnen und in wichtigen Angelegenheiten den Beteiligten zu überlassen, die Entlassung des oder der widerspenstigen TVV nach § 2227 herbeizuführen (so Schaub DJZ 08, 700; a. M. Dernburg V § 138 A 2).

3. Der **Wegfall** eines TV kann in der Ablehnung des Amtes oder in der Beendigung nach §§ 2225, 2227, aber auch darin seinen Grund haben, daß er im einzelnen Falle durch rechtliche in seiner Person liegende Gründe an der Mitwirkung an einem Rechtsgeschäft verhindert ist. Dies schließt nicht aus, daß mehrere in dieser Weise verhinderte TVV einen gemeinsamen Bevollmächtigten bestellen, der in sich das Rechtsgeschäft vornimmt; § 181 steht dem nicht im Wege (**RG** 61, 143). Vorübergehende Verhinderung durch Krankheit und dergl. ist kein Wegfall.

4. Der Erblasser kann letztwillig **abweichende Anordnungen** insofern treffen, als er jedem der mehreren TVV einen besonderen Wirkungskreis mit eigener Verantwortung anweist, jeden nach außen zur vollen Vertretung ermächtigt (A 1), Mehrheitsbeschlüsse zuläßt, die Entscheidung des Nachlaßgerichts ausschließt, sie einem Dritten oder auch einem der TVV überträgt (A 2), mit Wegfall des einen auch das Amt der andern erlöschen läßt oder nach § 2197 Abs 2 für Ersatz sorgt (A 3) und dergl. Die abweichenden Anordnungen sind im Vollstreckerzeugnis (§ 2368) mit anzugeben. Unzulässig ist, die Wirksamkeit von Rechtshandlungen des TV von der Genehmigung des Nachlaßgerichts abhängig zu machen, da der Erblasser über den Wirkungskreis von Behörden nicht bestimmen kann.

5. **Ohne Zustimmung der andern** zu handeln ist der TV, wie bei der Gemeinschaft (§ 744 Abs 2) und der Erbengemeinschaft (§ 2038 Abs 1) nur unter der Voraussetzung ermächtigt, daß es sich um dringliche Erhaltungsmaßregeln handelt. Dazu kann auch die Klage auf Feststellung einer Nachlaßforderung gehören (**RG** JW 02 Beil 244[135]). Nimmt ein TV ein Rechtsgeschäft oder eine dingliche Verfügung vor, ohne durch Abs 2 gedeckt zu sein, so können sie nach §§ 177 ff., 185 nur durch Genehmigung der übrigen oder durch beifällige Entscheidung des Nachlaßgerichts (A 2) wirksam werden. Abweichende Anordnungen des Erblassers sind auch in dieser Hinsicht zulässig (A 4, a. M. Planck A 10).

§ 2225

Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt[1]), wenn er stirbt[2]) oder wenn ein Fall eintritt, in welchem die Ernennung nach § 2201 unwirksam sein würde[3]).

E I 1894 II 2094 M 5, 223 P 5, 257—259.

1. Die **Beendigung des Amtes** des TV tritt immer von selbst ein, ohne daß es (wie bei der Nachlaßpflegschaft § 1960 A 5) einer förmlichen Aufhebung bedarf. So durch Erledigung aller dem TV zugewiesenen Aufgaben. Die Anzeige der Amtsniederlegung an das Nachlaßgericht hätte, wenn hiervon das Erlöschen des Amtes abhinge, (so Planck A 1, b vor § 2225, Strohal § 40 A 28), dem TV, wie in § 2226 durch positive Formvorschrift zur Pflicht gemacht werden müssen. Ebenso durch Eintritt der auflösenden Bedingung oder des Endtermins, so insbesondere im Falle des § 2210. Das dem TV erteilte Zeugnis wird mit Beendigung des Amtes von selbst kraftlos, § 2368 Abs 3, die Vermerke im Grundbuch und Schiffsregister (GBO § 53, FGG § 118) sind auf Antrag des Erben zu löschen. Herausgabe- und Rechenschaftspflicht §§ 2218 A 1, 666, 667, Wirksamkeit der nach Beendigung des Amtes vorgenommenen Verfügung § 674. Auf den Gang eines schwebenden Prozesses ist die Beendigung des Amtes ohne Einfluß (§§ 2212 A 1, 2213 A 1). Nicht beendet wird das Amt des TV durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung. Konkurseröffnung zum Vermögen des TV kann nur einen Entlassungsgrund nach § 2227 bilden.

2. **Tod** des TV. Das Amt geht nicht auf seine Erben über, soweit nicht der Erblasser einen bestimmten Erben nach § 2197 Abs 2 als Nachfolger ernannt hat. Die Berufung des oder der Erben schlechthin ist keine „Ernennung". Anzeigepflicht und vorläufige Fortführung des Amtes durch die Erben des TV §§ 2218 A 1, 673 Satz 2.

3. **Eintritt der Geschäftsunfähigkeit** oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit, Bestellung eines Pflegers nach § 1910 zur Besorgung der Vermögensangelegenheiten. Eine Wiederaufhebung der Entmündigung oder der Pflegschaft läßt das einmal erloschene Amt nicht wieder aufleben

§ 2226

Der Testamentsvollstrecker kann das Amt jederzeit kündigen[1]. Die Kündigung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte[2]. Die Vorschriften des § 671 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung[1].

E I 1895 II 2095 M 5, 223, 224 P 5, 259, 260.

1. Das **Kündigungsrecht** steht dem TV gleich dem Beauftragten (§ 671 Abs 1) jederzeit zu, und zwar ohne daß er dabei über den Grund Rechenschaft zu geben hätte. Doch darf er, außer wenn ein wichtiger Grund vorliegt, nicht zur Unzeit kündigen (§ 671 Abs 2). Hatte er durch Vertrag mit dem Erblasser oder dem Erben auf das Kündigungsrecht verzichtet, so darf er nur aus wichtigen Gründen kündigen (§ 671 Abs 3). Aber auch die unzeitige oder grundlose Kündigung bringt das Amt zum Erlöschen und kann den TV nur schadensersatzpflichtig machen. Dem Ehemann steht aus § 1358 kein Kündigungsrecht zu (§ 2202 A 2).

2. **Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht**, jedoch ohne Formzwang wie § 2202 A 2. Wirksamkeit § 130. Einsicht der Akten § 2228.

§ 2227

Das Nachlaßgericht kann den Testamentsvollstrecker auf Antrag eines der Beteiligten entlassen[1], wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung[2].

Der Testamentsvollstrecker soll vor der Entlassung wenn tunlich gehört werden[3].

E I 1896 II 2096 M 5, 224—226 P 5, 260, 261.

1. Die **Entlassung** des TV kann nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag, auch schon vor Beginn des Amtes (§ 2202) erfolgen. Hierzu sind die Beteiligten im Sinne von § 2198 A 3, also einschließlich der Nachlaßgläubiger und Mitvollstrecker berechtigt, dagegen nicht der TV selbst, dem vielmehr nach § 2226 das Kündigunsgrecht zusteht. Die nach Dienstordnungen zur Versagung der Erlaubnis berechtigte Behörde (§ 1888) hat kein eigenes Antragsrecht, sie kann den Beamten nur zur Kündigung anhalten. Das Nachlaßgericht wird im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig, der Prozeßweg ist damit ausgeschlossen. Eigentliche Aufsichtsrechte stehen dem Nachlaßgerichte nicht zu. Eine zeitweilige Entlassung ist unstatthaft.

2. Was als **wichtiger Grund** zu gelten habe, ist dem pflichtmäßigen Ermessen des Nachlaßgerichts anheimgestellt. Pflichtverletzung und Unfähigkeit sind (wie in § 27 Abs 2) nur beispielsweise aufgeführt. Ebenso beim Vormund § 1889. Verschulden des TV ist nicht vorausgesetzt (KGJ 36 A 74).

3. **Gehör** wie § 2216 A 4. Dem TV steht gegen seine Entlassung sofortige Beschwerde (FGG § 81 Abs 2), den Beteiligten gegen die Ablehnung einfache Beschwerde zu (FGG §§ 19 ff.). Akteneinsicht und Ausfertigungen FGG §§ 78, 85. — Anwendbarkeit des älteren Rechts RG 46, 70.

§ 2228

Das Nachlaßgericht hat die Einsicht der nach § 2198 Abs. 1 Satz 2, § 2199 Abs. 3, § 2202 Abs. 2, § 2226 Satz 2 abgegebenen Erklärungen Jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht[1].

P 6, 338, 339.

1. **Akteneinsicht** wie § 1953 A 5. Es betreffen § 2198: Die Bestimmung des TV durch einen Dritten, § 2199: Bestimmung des Mitvollstreckers oder Nachfolgers durch den TV, § 2202; Annahme- oder Ablehnungserklärung, § 2226: Kündigung. Vgl. auch FGG §§ 34, 78, 85.

Siebenter Titel

Errichtung und Aufhebung eines Testaments

Das BGB unterscheidet zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Testamentsform. Als ordentliche Testamente kennt es das vor Richter oder Notar errichtete (§§ 2231 Nr 1, 2232—2246) und das eigenhändige Privattestament (§ 2231 Nr 2, 2247, 2248). Als außerordentliche Testamentsformen das Gemeinde-, Seuchen- und Seetestament (§§ 2249

bis 2252). Neben dem BGB bleibt in Kraft das in Kriegszeiten oder während eines Belagerungszustandes von einer Militärperson (einschließlich von Kriegsgefangenen oder Geißeln) eigenhändig geschriebene oder wenigstens unterschriebene oder mündlich zu Protokoll erklärte privilegierte Militärtestament nach näherer Vorschrift von § 44 des RMilG v. 2. 5. 74 und MStGO v. 1. 12. 98. Diese Bestimmungen sind nach EGzBGB Art 44 auch auf das Marinetestament (im Unterschied von dem Seetestament § 2251) entsprechend anwendbar. Im übrigen gelten die Vorschriften des BGB auch für Testamente der Militärpersonen, im Felde sind jedoch für das Heer an Stelle der Amtsgerichte auch die Kriegsgerichtsräte und Oberkriegsgerichtsräte zuständig (MilFGG v. 28. 5. 01 §§ 1, 2). Das Gleiche gilt für die Marine, solange das Schiff sich außerhalb eines inländischen Hafens befindet, FGG § 184. Testamente vor Reichskonsuln in den Konsulargerichtsbezirken KonsGG v. 7. 4. 00 §§ 2, 7 Nr 2, 19 Nr 1 und EGzBGB Art 38, in den Schutzgebieten vor den zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten mit Ausschluß von Notaren (SchutzgebG v. 10. 9. 00 §§ 1, 2, VO v. 9. 11. 00 § 11). Besonderheiten bezüglich des Anerbenrechts EG Art 64, der Hausverfassungen der souveränen Häuser und des hohen Adels EG Art 57, 58. — Internationales Recht bezüglich der Testierfähigkeit EG §§ 7, 24 Abs 3, bezüglich der Testamentsform § 11 Abs 1. Übergangsvorschriften EG Artt 214, 215.

§ 2229

Wer in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bedarf zur Errichtung eines Testaments nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters [1].

Ein Minderjähriger kann ein Testament erst errichten, wenn er das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat [2].

Wer wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, kann ein Testament nicht errichten [3]. Die Unfähigkeit tritt schon mit der Stellung des Antrags ein, auf Grund dessen die Entmündigung erfolgt [4] [5].

E I 1912 II 2097 M 5, 247—253 P 5, 317—325; 6, 73.

1. **Fähigkeit zur Testamentserrichtung.** Nach den allgemeinen Vorschriften über die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, deren Gültigkeit auch bei der Testamentserrichtung vorausgesetzt ist, sind hiervon schlechthin ausgeschlossen (§ 105 Abs 1) a) Geschäftsunfähige, d. h. nach § 104 Nr 1 Personen unter 7 Jahren, Nr 2 dauernd Unzurechnungsfähige, Nr 3 wegen Geisteskrankheit Entmündigte, solange die Entmündigung formell zu Recht besteht. Ist der Krankheitszustand der § 104 unter Nr 2 Genannten in lichten Zwischenräumen behoben, so sind sie, falls sie nicht entmündigt sind (Nr 3), während dieser Zeit auch geschäftsfähig und können wirksam testieren (RG 8. 3. 06 IV 420/05, 18. 5. 08 IV 367/07). Auch die Entmündigung (Nr 3) steht unter den besonderen Voraussetzungen des § 2230 der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen. b) Personen, die sich während der Errichtung im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit befinden, § 105 Abs 2. c) wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte nach Abs 3, s. jedoch §§ 2230, 2253 Abs 2. Daß der Testierunfähige auch nicht durch seinen gesetzlichen Vertreter testieren kann, folgt aus § 2064, wonach der Erblasser ein Testament nur persönlich errichten kann. Von den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten (§§ 106, 114) scheiden aus die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht bereits Entmündigten, da ihnen nach Abs 3 die Testierfähigkeit gänzlich entzogen ist. Die vorläufige Bevormundung nach § 1906 ist an sich kein Hindernis der Testamentserrichtung. Ebensowenig die Pflegschaft wegen Gebrechlichkeit nach § 1910. S. jedoch beim Erbvertrag §§ 2290 Abs 3, 2292. Auch wenn die vorläufige Bevormundung auf Grund eines Entmündigungsantrags wegen Geisteskrankheit erfolgt, bleibt für die Frage der Testierfähigkeit maßgebend, ob der Bevormundete im Augenblicke der Testamentserrichtung nach § 104 Nr 2 wirklich unzurechnungsfähig war. Nur in den Fällen des Abs 3 (Geistesschwäche usw.) hat die Antragstellung zurückbeziehende Wirkung. Jedenfalls entfällt, soweit der beschränkt Geschäftsfähige überhaupt testierfähig ist, die sonst durch § 107 gebotene Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

2. Der **Minderjährige unter 16 Jahren** (Berechnung des Lebensalters § 187 Abs 2) kann auch nicht mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters testieren. Von da ab steht er nach Abs 1 dem Volljährigen gleich, ausgenommen, daß er während der ganzen Dauer der Minderjährigkeit sich des eigenhändigen Testaments nicht bedienen (§ 2247) und das Testament nur durch mündliche Erklärung errichten kann (§ 2238 Abs 2). Für den Erbvertrag s. §§ 2275, 2290, 2292.

3. **Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht** für sich allein heben die Geschäftsfähigkeit und damit die Testierfähigkeit nicht auf. Nur die deshalb ausgesprochene

Entmündigung, obwohl sie nach § 114 nur zur beschränkten Geschäftsfähigkeit führt, hat zugleich den Verlust der Testierfähigkeit zur Folge. Doch bleibt der Entmündigte nach § 2253 Abs 2 auch jetzt noch zum Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments befugt. S. auch § 2230.

4. Kommt es überhaupt nicht zur Entmündigung, so bleibt das während des Verfahrens errichtete Testament wirksam, auch wenn eine vorläufige Vormundschaft nach § 1906 angeordnet war. Dagegen wird die Wirkung der einmal ausgesprochenen Entmündigung (ZPO §§ 661, 683) **zurückbezogen auf den Zeitpunkt der Antragstellung** (ZPO §§ 647, 680). Nicht aber auch im Falle der Entmündigung wegen Geisteskrankheit (A 1).

5. **Beweislast.** Der Mangel der Testierfähigkeit ist für die Zeit der Testamentserrichtung von demjenigen zu beweisen, welcher Nichtigkeit des Testaments behauptet. Im Falle des § 104 Nr 2 genügt der Nachweis, daß sich der Erblasser um diese Zeit in dem dort vorausgesetzten, nicht bloß vorübergehenden Zustande befunden hat. Dem Gegner steht aber der Nachweis offen, daß gleichwohl beim eigentlichen Testamentsakt ein lichter Zwischenraum obgewaltet habe. Ist die Geschäftsfähigkeit für diesen Zeitpunkt durch öffentliche Urkunde bezeugt, so trifft nach ZPO § 418 die Beweislast für die Unrichtigkeit der bezeugten Tatsache, wenn der Beweis landesgesetzlich überhaupt zulässig ist, unter allen Umständen den dies Behauptenden (RG 18. 5. 08 IV 367/07). Im Falle des Abs 3 braucht der Beweis nur darauf gerichtet zu werden, daß das Testament nach der Antragstellung errichtet ist (s. jedoch § 2230). — Sonstige Beschränkungen der Testierfähigkeit sind dem BGB unbekannt. Gütergemeinschaftliche Ehegatten s. § 1516.

§ 2230

Hat ein Entmündigter ein Testament errichtet, bevor der die Entmündigung aussprechende Beschluß unanfechtbar geworden ist, so steht die Entmündigung der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen, wenn der Entmündigte noch vor dem Eintritte der Unanfechtbarkeit stirbt[1]).

Das gleiche gilt, wenn der Entmündigte nach der Stellung des Antrags auf Wiederaufhebung der Entmündigung ein Testament errichtet und die Entmündigung dem Antrage gemäß wieder aufgehoben wird[2]).

E II 2098 P 5, 320, 321, 326.

1. Die **Testierunfähigkeit des Entmündigten** (§§ 104 Nr 3, 2229 Abs 3) tritt nach ZPO §§ 661, 683 mit Zustellung des Entmündigungsbeschlusses in Wirksamkeit und wird in den Fällen des § 2229 Abs 3 sogar auf den Zeitpunkt der Antragstellung zurückbezogen. Der Beschluß wird unanfechtbar, wenn die Monatsfrist der §§ 664, 684 ZPO abgelaufen oder wenn die rechtzeitig erhobene Klage rechtskräftig abgewiesen oder wenn sie zurückgenommen ist. Solange hiernach die Anfechtung möglich oder ein Erfolg der unternommenen Anfechtung nicht ausgeschlossen ist, bildet die Tatsache der Entmündigung für sich allein kein Hindernis wirksamer Testamentserrichtung, wenn der Entmündigte innerhalb dieses Zeitraums stirbt. Vielmehr hat derjenige, welcher Unwirksamkeit des vom Entmündigten errichteten Testaments behauptet, nach allgemeinen Grundsätzen den Mangel der Geschäftsfähigkeit aus § 104 Nr 2 oder § 105 (andere Fälle können hier nicht in Frage kommen) für die Zeit der Testamentserrichtung zu beweisen.

2. Selbst Unanfechtbarkeit der Entmündigung steht der Testamentserrichtung nicht entgegen, wenn sie in die Zeit nach Stellung des Wiederaufhebungsantrags fällt (ZPO §§ 675, 685) und wenn es demnächst wirklich zur **Wiederaufhebung der Entmündigung** kommt (ZPO §§ 672, 679 Abs 4, 686 Abs 4). Damit ist zugleich ausgesprochen, daß zur Zeit des die Wiederaufhebung anordnenden Beschlusses oder Urteils ein Grund zur Entmündigung nach § 6 nicht mehr vorgelegen habe. Demjenigen, welcher die Ungültigkeit des Testaments behauptet, ist jedoch der Beweis nicht abgeschnitten, daß der Erblasser gleichwohl zur Zeit der Testamentserrichtung willensunfrei im Sinne von §§ 104 Nr 2, 105 gewesen sei. Dagegen ist nach § 115 der Beweisantritt ausgeschlossen, daß der Erblasser wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht damals noch mit Recht entmündigt gewesen sei. Das in der Zeit nach Zustellung des unangefochtenen oder erfolglos angefochtenen Entmündigungsbeschlusses bis zur Stellung des Wiederaufnahmeantrages errichtete Testament ist und bleibt dagegen nichtig. — Übergangsbestimmung EG Art 215 Abs 2.

§ 2231

Ein Testament kann in ordentlicher Form[1]) errichtet werden:

1. vor einem Richter oder vor einem Notar[2]);

2. durch eine von dem Erblasser³) unter Angabe des Ortes und Tages⁵) eigenhändig geschriebene⁴) und unterschriebene⁶) Erklärung⁷).

E I 1914, 1915 Abs 1 Satz 1 II 2099 Abs 1 M 5, 261 P 5. 326—330 KB 318—321 RJ 726—741.

1. Als ordentliche Testamentsformen kennt das BGB das (vorzugsweise so genannte) öffentliche Testament (Nr 1) und das ihm in jeder Hinsicht gleichwertige Privattestament (Nr 2). Dem stehen als außerordentliche Formen gegenüber das Gemeinde-, Seuchen- und Seetestament der §§ 2249—2252. Sonstige neben dem BGB in Kraft gebliebene Testamentsformen s. Vorbem vor § 2229.

2. Zur Beurkundung des **öffentlichen Testaments** (§§ 2232—2246) können landesgesetzlich entweder nur die Gerichte oder nur die Notare für zuständig erklärt werden (EG Art 141). Zur Aufnahme des richterlichen Testaments ist nur der verfassungsmäßig (GVG §§ 2 ff.) bestellte Einzelrichter („vor einem Richter"), sonach der Amtsrichter befugt (FGG § 167 Abs 1). Inwieweit der Richter hierbei durch einen andern im Vorbereitungsdienst stehenden Rechtskundigen vertreten werden kann, bestimmen die Landesgesetze. Nach dem durch FGG § 2 für anwendbar erklärten § 167 GVG darf zwar der Richter Amtshandlungen außerhalb seines Bezirkes ohne Zustimmung des Amtsgerichts des Ortes nur vornehmen, wenn Gefahr im Verzug obwaltet und hat in diesem Falle dem zuständigen Amtsgericht nachträglich hiervon Anzeige zu machen. In ähnlicher Weise ist landesgesetzlich die Zuständigkeit der Notare abgegrenzt. Allein die Gültigkeit eines Testaments kann wegen Verletzung dieser örtlichen Zuständigkeitsvorschriften niemals in Frage gestellt werden. Selbst dann nicht, wenn Richter oder Notar außerhalb der einzelstaatlichen Landesgrenzen tätig geworden wären (FGG § 7). Denn das Gesetz erklärt ohne jede Einschränkung, „einen Richter oder einen Notar" für zuständig, wobei als selbstverständlich nur soviel vorausgesetzt ist, daß es sich um deutsche Richter oder Notare handelt (a. M. Planck A 3, a).

3. Privattestament. Die vom Gesetz erforderten Formen sind so einfach und leicht erfüllbar, daß kein Erblasser Nichtigkeit aus § 125 zu besorgen hat, wenn er seinen letzten Willen so wie er ihn im Augenblicke der Errichtung wirklich hegt, ohne Hintergedanken mindestens mit der Sorgfalt niederschreibt, die jedermann an einen Brief geschäftlichen Inhalts zu wenden pflegt. Läßt er sich auf Absonderlichkeiten in der Wahl der Schriftzeichen, des Schreibmaterials, im Gebrauche von Abkürzungen, in der räumlichen Anordnung des Schriftstücks usw. ein, so setzt er die Gültigkeit des Testaments in einer mit dem Ernst des Aktes nicht verträglichen Weise aufs Spiel.

4. Haupterfordernis ist **eigenhändige Niederschrift** des Testamentes in seinem gesamten Wortlaute, also einschließlich der Angabe des Ortes und Tages. Der Erblasser muß sich (wenn er nicht als Krüppel auf den Gebrauch eines andern Körperteiles angewiesen ist) zum Schreiben unmittelbar der Hand bedienen. Deshalb ist mechanische Herstellung mit Hilfe von Typen (Druck, Maschinenschrift) oder durch mittelbare Kraftanwendung (Durchpausen) ausgeschlossen. Schreiben mit fremder Unterstützung (geführter Feder) ist solange eigenhändiges Schreiben, als der Schreibende dabei noch selbst die Gestalt der Schriftzüge bestimmt; nicht wenn er nur die Feder berührt (RG Gruch 53, 98). Der Stoff, auf welchem (Papier, Holz, Metall, Stein) und mittels dessen (Tinte, Bleistift, Pinsel, Griffel, Meißel) die Niederschrift bewirkt wird, ist gleichgültig. In RG JW 10, 291[26] ist die Niederschrift mittelst Griffels auf der Schiefertafel für einfache ländliche Verhältnisse nicht beanstandet, aber hervorgehoben, daß die Benutzung besonders rasch vergänglicher Stoffe dem Wesen des Testaments widerspricht und seine Ernstlichkeit in Frage stellen kann. Die Wahl der Sprache — einer toten oder lebendigen — steht dem Erblasser frei, falls er sich darin genügend verständlich machen kann. Ebenso die Wahl der Schriftzeichen (der benutzten oder einer andern Sprache), insbesondere der Stenographie, Blindenschrift, wenn die Möglichkeit der Entzifferung nicht bloß auf einen engen Kreis von Sachkennern beschränkt ist. War der Erblasser selbst nicht imstande, das von ihm Geschriebene zu lesen, so ist das Testament nach § 2247 nichtig. Zusätze von fremder Hand, aber mit dem Willen des Erblassers (Aussetzung eines geringfügigen Vermächtnisses in einem Satzteil neben der vom Erblasser selbst herrührenden Erbeinsetzung) machen nicht notwendig das ganze Testament nichtig, vielmehr ist hierüber nach § 2085 zu entscheiden (RG 63, 23). Nicht erforderlich ist, daß die Niederschrift eine in sich geschlossene selbständige Urkunde bildet, dafern sie nur nach dem Willen des Erblassers eine sogleich wirksame Verfügung von Todes wegen (nicht bloß ein Entwurf, die Mitteilung des Vorhabens zu testieren und dergl.) sein soll. Das Testament kann deshalb auch einem Brief einverleibt sein (RG JW 07, 143[25]). Ebenso kann es mehrere lose Blätter umfassen, wenn deren Zusammengehörigkeit feststeht. Es kann endlich auch in mehreren urschriftlichen Exemplaren hergestellt werden.

5. Die **Angabe des Ortes und Tages** ist Bestandteil der Testamentserklärung und muß deshalb gleichfalls eigenhändig geschrieben sein. Die Benutzung eines Vordrucks oder eines Stempelaufdrucks oder der Maschinenschrift für die Ortsangabe genügt nicht (**RG** JW 08, 336[21]). Das Datum muß sich ferner auf der Testamentsurkunde selbst, sei es auch auf der aufgeklebten Stempelmarke (**RG** JW 10, 237[19]) befinden. Ist es räumlich von der Urkunde getrennt, findet es sich z. B. nur als Aufschrift auf dem das Testament enthaltenden Umschlag, so ist Tatfrage, ob diese Aufschrift in Vollziehung des Testamentsaktes, oder zu einem andern Zwecke (Hinweis auf den Inhalt des Umschlags) bewirkt worden ist (**RG** a. a. O. und JW Beil 286[243]). In beständiger Rechtsprechung hält das Reichsgericht an dem Erfordernis des wahrheitsgetreuen Datums fest. So **RG** 51, 166; 52, 282; 64, 423; JW 02 Beil 232; 07, 366[15], dagegen Planck A II, 4, f und die dort Zitierten. Das Datum ist im Unterschied von der eigentlichen testamentarischen Verfügung nicht Willenserklärung, sondern Zeugnis („Angabe"). Und zwar ein Zeugnis, dessen Erteilung — mit Beweiskraft bis zum Nachweise des Gegenteils — zugleich mit der Ermächtigung einen gesetzlichen Formalakt zu vollziehen, ausnahmsweise dem Aussteller einer Privaturkunde übertragen ist. So wenig den sonst hierzu berufenen öffentlichen Organen freisteht, den von ihnen vorgenommenen Akt willkürlich zu datieren (§ 2241 Nr 1), so wenig steht es im Belieben auch des Errichters eines Privattestaments. Hierzu kommt, daß das Datum für die Beurteilung der Testierfähigkeit, für das Verhältnis zu andern Verfügungen von Todes wegen und für Auslegung des Testamentsinhalts stets von größter Bedeutung ist. (Beweissicherung für das Datum Pr FGG Artt 58, 59). Die versehentlich falsche Datierung ist nur dann für den Bestand des Testaments unschädlich, wenn das gewollte Datum ohne weiteres aus dem sonstigen Inhalte des Testaments erkannt werden kann; auch die Verwertung offenkundiger Tatsachen ist hierbei nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Dagegen kann dem Formmangel nicht dadurch abgeholfen werden, daß demnächst im Prozesse und mit Hilfe der gewöhnlichen Beweismittel die wirklich gewollte Datierung ermittelt wird. So hat **RG** 64, 423 ein am 18. April 1904 errichtetes, aber irrtümlich vom 18. April 1804 datiertes Testament als gültig anerkannt. Im übrigen ist dem Datum kein bestimmter Platz auf der Testamentsurkunde — am Kopfe, im Text oder am Ende — zugewiesen. Wenn nach Beschaffenheit des Falles an der Zugehörigkeit des Datums zur Urkunde kein Zweifel ist, kann es räumlich auch unter der Unterschrift Platz finden (**RG** 52, 277). Um wahrheitsgetreu zu sein, muß die Datierung zwar grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des Testaments, regelmäßig also der unterschriftlichen Vollziehung abgestellt werden. Jedenfalls enthalten Zusätze zu dem bereits abgeschlossenen Testamente, auch spätere Ausfüllung sachlicher Lücken immer einen neuen selbständigen Testamentsakt, der in sich den Erfordernissen des § 2231 genügen muß, daher neue richtige Datierung und neue Unterschrift erheischt (**RG** 71, 303). Das Gesetz nötigt jedoch nicht dazu, eine sonst im Rechtsleben ungewöhnliche Peinlichkeit der Datierung zu erfordern. Hat z. B. der von Berlin abreisende Erblasser die Niederschrift seines Testaments, das mit dem Datum der Abreise „Berlin, d. 27. März 1910" überschrieben ist, am 27. März einige Stationen hinter Berlin im Schnellzuge begonnen und kurz vor Rom am 29. März 1910 abgeschlossen, so braucht die Gültigkeit des Testaments nicht beanstandet zu werden. Die richtige Begrenzung ist wesentlich Sache tatsächlicher Beurteilung. Im Falle mehrfacher Datierung schließt das jüngste durch Unterschrift gedeckte Datum das Testament ab.

Die **Angabe des Ortes** erfordert eine nach den Anschauungen des Verkehrs hinlänglich deutliche Bezeichnung des Teiles der Erdoberfläche, auf dem das Testament errichtet ist. Wieweit hierbei in den Anforderungen an Genauigkeit der Bezeichnung zu gehen sei, ist gleichfalls Tatfrage. Es ist klar, daß die Bezeichnung „Deutschland" ungenügend, „Leipzig, Zeitzerstraße 29, III l." dagegen übertrieben peinlich wäre. Verkehrsübliche Abkürzungen der Ortsbezeichnung sind nicht unstatthaft („Bln. = Berlin **RG** JW 07, 143[25]).

Die **Angabe des Tages** muß nicht unbedingt kalendermäßig erfolgen, doch so, daß der Kalendertag der Errichtung ohne weiteres festgestellt werden kann. Daher genügt „Palmsonntag 1909", „Kaisers Geburtstag 1910". Oder die Bezugnahme auf allgemein bekannte Ereignisse („am 40. Jahrestage der Schlacht von St. Privat"). Dagegen ist insbesondere mit Rücksicht auf die Testamentsbeteiligten Tatfrage, ob die Bezugnahme auf Familienereignisse („mein goldener Hochzeitstag") ausreichen kann. Unzweideutige verkehrsübliche Abkürzungen (23. 11. 07) sind zulässig, bei der kalendermäßigen Bezeichnung darf die Angabe des Jahres niemals fehlen.

6. Die **Unterschrift** bildet den eigentlichen Abschluß des Testaments, gehört deshalb richtiger Weise als unterste Zeile unter die Urkunde und deckt jedenfalls den ganzen darüber stehenden Testamentsinhalt, aber auch nur diesen. Doch braucht das der Unterschrift erst nachfolgende Datum nicht notwendig ungültig zu sein (**RG** 52, 277, s. A 5). Befindet sie sich lediglich auf dem die Urkunde enthaltenden verschlossenen Briefumschlag, so ist Tatfrage, ob sie als Fortsetzung des im Umschlag befindlichen Schriftstückes, dessen Inhalt, oder ob sie nur

einen selbständigen, auf den Umschlag gebrachten Vermerk decken soll (RG 61, 7). Die Unterschrift erfordert eigenhändige Namensunterschrift, § 126 A 2. Sie muß in Verbindung mit dem Inhalte des Testaments oder andern offenkundigen Tatsachen die Identität des Erblassers außer Zweifel stellen. Inwieweit hierzu der bloße Familienname genügt, oder auch Vor- und Zuname oder eine sonstige nähere Bezeichnung nötig sei, ist Tatfrage. Keinesfalls reicht die Bezeichnung des Erblassers mit einer bloßen Eigenschaft, sei es auch einer Familienbeziehung aus, wie z. B. „Euer Vater" (a. M. Dernburg V § 29 A 8), es wäre denn, daß die Person des „Vaters" in einer auch für Dritte erkennbaren Weise, z. B. aus einer genügend deutlichen Bezeichnung der „Kinder" entnommen werden könnte. Der bloße Vorname kann genügen, wenn sein alleiniger Gebrauch, wie bei fürstlichen Personen, kirchlichen Würdenträgern üblich ist. Auch das Pseudonym eines unter diesem Namen bekannten Schriftstellers oder Künstlers. Ebenso die Unterzeichnung eines Einzelkaufmanns mit der ihm zustehenden Firma (a. M. Staudinger A B). Das Handzeichen, auch das beglaubigte (§ 126 Abs 1) kann die Unterschrift nicht ersetzen. Die Mitunterschrift von Zeugen ist nicht notwendig, aber unschädlich.

7. Das Gesetz erfordert nicht unitas actus. Es ist deshalb gleichgültig, wann der Text des Testaments und ob er etwa im Zustande der Testierunfähigkeit (§ 2229) niedergeschrieben ist, wofern nur das Hindernis im Augenblicke des Testamentsabschlusses durch Datum und Unterschrift gehoben war (a. M. Planck A II, 5). Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen beeinträchtigen an sich und vorbehaltlich der Entscheidung aus ZPO § 419 die Gültigkeit des Testaments nicht. Eine nach Abschluß des Testaments vorgenommene Durchstreichung wirkt regelmäßig als Widerruf, § 2255. Eine jetzt erst hinzugesetzte sachlich neue Einschaltung erfordert, um als Verfügung (nicht bloße Erläuterung) wirksam zu sein, Wiederholung der Testamentsform, d. h. neues Datum und Unterschrift (RG 71, 302). Der Beweis der Echtheit des Testaments ist im Bestreitungsfalle von dem zu führen, der sich auf das Testament beruft (ZPO §§ 440 bis 444). Ist die Echtheit der Unterschrift dargetan, so wird bis zum Nachweis des Gegenteils auch vermutet, daß die Orts- und Zeitangabe der Wahrheit entspricht (RG 64, 423). Dagegen ist mit der Echtheit der Unterschrift nur bewiesen, daß der darüberstehende Text vom Erblasser als sein Wille erklärt, nicht aber daß er eigenhändig geschrieben sei. Die Eigenhändigkeit dieser Niederschrift ist vielmehr von dem, der sich auf das Testament beruft, noch besonders zu beweisen (a. M. Dernburg V § 30 A 8). — Minderjährige und Personen, die Geschriebenes nicht zu lesen vermögen, können sich des Privattestaments nicht bedienen, § 2247. Amtliche Verwahrung §§ 2248, 2256 Abs 3, Ablieferungspflicht § 2259. Gemeinschaftliches Privattestament § 2267. Beschränkte Beweiskraft in Grundbuchangelegenheiten GBO § 36 und beim Schiffspfandrecht FGG § 107, dagegen ZVG § 17 Abs 3.

§ 2232

Für die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar gelten die Vorschriften der §§ 2233 bis 2246[1]).

KB 321.

1. Neben den hier angezogenen und diese **Vorschriften ergänzend** („unbeschadet" FGG § 168) kommen die Bestimmungen des FGG §§ 169—182 über gerichtliche und notarielle Urkunden in Betracht, insbesondere § 176 Abs 3 (Feststellung der Personenidentität) und § 182 (Ausfertigungen und Auszüge). Im übrigen besteht zwischen BGB und FGG meist wörtliche Übereinstimmung. Insoweit sie verschieden sind (§§ 2234—2237) ist das BGB maßgebend. Außerdem greifen ergänzend ein etwaige Vorschriften der Landesgesetze (FGG § 200), doch ist ein Verstoß hiergegen ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Verfügung von Todes wegen (EG Art 151, RG 53, 152). Nur die Verletzung landesgesetzlicher Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit (z. B. der Richter oder Notare EG Art 141, auch Art 57, 58, nicht auch bezüglich der örtlichen Zuständigkeit, § 2231 A 2), hat Nichtigkeit der Beurkundung zur Folge. Haftung des Richters oder Notars für Versehen § 839, insbesondere auch gegenüber den in dem ungültigen Testamente bedachten Personen (RG 58, 296).

§ 2233

Zur Errichtung des Testaments muß der Richter einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen[1]), der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen[2]) zuziehen[3]).

E I 1915 Abs 1 Satz 2, Abs 2 II 2099 Abs 2 M 5, 261—263 P 5, 330—332.

1. Der **Gerichtsschreiber** ist identisch mit dem Gerichtsschreiber (des Amtsgerichts) in GVG § 154, FGG §§ 11, 21, 169 ff. Seine Bestellung erfolgt ausschließlich nach Landes-

recht. Ob die Niederschriften von ihm oder vom Notar selbst vorgenommen werden, ist gleichgültig. Die **Zeugen** sind Sollennitätszeugen. Sie werden nicht besonders in Pflicht genommen und erfüllen ihr Amt durch bloße Anwesenheit während des Errichtungsaktes (§ 2239) und Mitvollziehung des Protokolls (§ 2242 Abs 3). Unfähigkeitsgründe §§ 2234—2237. An Stelle des Gerichtsschreibers oder der Zeugen kann der Richter (nicht der Notar) nach Landesrecht eine besonders dazu bestellte Urkundsperson zuziehen (EG Art 149, SächsG v. 18. 6. 98 § 46).

2. **Notar.** Das Notariat ist nur landesgesetzlich geordnet. Dem nur als Sollennitätsperson amtierenden „zweiten Notar" (§ 2236) steht der die Testamentsverhandlung leitende und die Niederschrift besorgende als „beurkundender Notar" (§§ 2236, 2237 Nr 4) gegenüber.

3. Gerichtsschreiber, Zeugen und zweiter Notar müssen vom Richter oder vom beurkundenden Notar (nicht vom Erblasser) **zugezogen**, d. h. in irgend einer Form zur Anwesenheit bei der Testamentserrichtung veranlaßt und in die Lage gebracht werden, dabei „mitzuwirken" (§ 2242 Abs 3). Bloß zufällige Anwesenheit genügt nicht.

§ 2234

Als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge kann bei der Errichtung des Testaments nicht mitwirken[1]):

1. der Ehegatte des Erblassers, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht[2]);

2. wer mit dem Erblasser in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist[3]).

E I 1916 Abs 1 II 2100 M 5, 263, 264 P 5, 332—334.

1. Die **Ausschließungsgründe** der §§ 2234—2236 sind im Gegensatz zu § 2237 zwingenden Rechts („kann nicht"). Sie beziehen sich sowohl auf den beurkundenden wie auf den zweiten Notar (§ 2233 A 2). Die trotzdem erfolgende Mitwirkung hat Nichtigkeit des Testaments zur Folge. Entsprechend anwendbar auf den Dolmetscher (§ 2244), die landesgesetzlich zugelassene Urkundsperson (EG Art 149 Abs 2) und bei den außerordentlichen Testamentsformen der §§ 2249—2251, sowie beim Erbvertrag § 2276. Die Ausschließungsgründe für den Richter nach FGG § 6 kommen daneben nicht in Betracht.

2. **Ehegatte** wie FGG § 170 Nr 2, nicht auch der Verlobte.

3. **Verwandte** (§ 1589) **und Verschwägerte** (§ 1590) wie FGG § 170 Nr 3. Die Schwägerschaft dauert auch nach Auflösung der Ehe fort, § 1590 Abs 2. Legitimation und Ehelichkeitserklärung §§ 1719, 1736 ff., Annahme an Kindes Statt §§ 1757, 1762 ff., uneheliche Kinder § 1705.

§ 2235

Als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge kann bei der Errichtung des Testaments nicht mitwirken[1]), wer in dem Testamente bedacht wird oder wer zu einem Bedachten in einem Verhältnisse der im § 2234 bezeichneten Art steht[2]).

Die Mitwirkung einer hiernach ausgeschlossenen Person hat nur zur Folge, daß die Zuwendung an den Bedachten nichtig ist[3]).

E I 1916 Abs 2 II 2101 M 5, 265, 266 P 5, 332—334.

1. Zwingenden Rechts (§ 2234 A 1) s. aber Abs 2. Bezieht sich sowohl auf den beurkundenden wie auf den zweiten Notar.

2. **Bedachte** sind der Erbe (auch der Nach- und Ersatzerbe), Vermächtnisnehmer, nicht aber der durch eine Auflage Begünstigte (§ 2192 A 1). Auch nicht der zum Testamentsvollstrecker Ernannte (§§ 2197 ff.), selbst wenn ihm eine Vergütung nach § 2221 ausgesetzt ist. Übersteigt sie das übliche Maß, so ist sie insoweit nach Abs 2 zu streichen. Die Unfähigkeit mit der Folge des Abs 2 ist auch dann vorhanden, wenn der bedachte Richter, weil das Testament verschlossen übergeben wird, von der Zuwendung keine Kenntnis erlangt. Sie bleibt aber gültig, wenn das übergebene Testament als Privattestament aufrecht erhalten werden kann (§ 2238 A 3). Für den Bestand der Zuwendung ist unschädlich, wenn der Richter usw. nicht persönlich, sondern nur als gesetzlicher Vertreter (der Gemeinde, RG Warn 09 Nr 32) bedacht ist, oder wenn er zu dem Bedachten erst nach der Testamentserrichtung in ein Verhältnis der bezeichneten Art tritt.

3. Nur **relative Nichtigkeit** im Gegensatz zu der absoluten Wirkung der Unfähigkeitsgründe §§ 2234, 2236. Ob die Nichtigkeit der betreffenden Zuwendung die Unwirksamkeit des ganzen Testaments zur Folge habe, ist nach § 2085 zu beurteilen. — Der Schreiber des übergebenen Testaments (S C Libonianum) kann gültig bedacht werden. Gegebenenfalls Anfechtung aus § 2078.

§ 2236

Als Gerichtsschreiber oder zweiter Notar oder Zeuge kann bei der Errichtung des Testaments nicht mitwirken, wer zu dem Richter oder dem beurkundenden Notar in einem Verhältnisse der im § 2234 bezeichneten Art steht[1].

E I 1917 Abs 1 II 2102 M 5, 266 P 5, 334, 335.

1. Zwingenden Rechts § 2234 A 1. § 2234: Ehe, Verwandtschaft, Schwägerschaft. Ob die Sollennitätspersonen untereinander in einem derartigen Verhältnis stehen, ist ohne Bedeutung. Ebenso FGG § 172.

§ 2237

Als Zeuge soll bei der Errichtung des Testaments nicht mitwirken[1]**:**

1. **ein Minderjähriger;**
2. **wer der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt ist, während der Zeit, für welche die Aberkennung der Ehrenrechte erfolgt ist;**
3. **wer nach den Vorschriften der Strafgesetze unfähig ist, als Zeuge eidlich vernommen zu werden;**
4. **wer als Gesinde oder Gehilfe im Dienste des Richters oder des beurkundenden Notars steht.**

E I 1917 Abs 2, 3 II 2103 M 5, 266—270 P 5, 334—336.

1. Das „Soll" im Gegensatze zu „Muß" (§ 2233) oder „kann nicht" (§§ 2234—2236) will die Unfähigkeitsgründe der Nr 1—4 nur als **Ordnungsvorschriften** kennzeichnen, deren Verletzung Ungültigkeit des Testaments nicht zur Folge hat. Ebenso FGG § 173. Dagegen folgt aus der Natur der Sache, daß als Zeuge nur mitwirken kann, wer die Fähigkeit besitzt, die einzelnen Vorgänge des Testamentsaktes wahrzunehmen, sollte er auch in Wahrheit nicht darauf geachtet oder das Gehörte nicht erfaßt und verstanden haben. Hiernach sind selbstverständlich als Zeugen ausgeschlossen Blinde, Taube und (außer im Falle des § 2245) der deutschen Sprache Unkundige (§ 2240). Ebenso dauernd oder auch vorübergehend Geschäftsunfähige (§§ 104, 105). Stumme wenigstens dann, wenn sie sich nicht genügend verständlich machen können. Endlich Zeugen, die nicht wenigstens ihren Namen schreiben können (§ 2242 Abs 3). Die Zuziehung solcher Zeugen macht das ganze Testament nichtig. Frauen und Ausländer sind unbeschränkt zeugenfähig. Ebenso FGG § 173. Weitergehende landesgesetzliche Vorschriften sind auf die Gültigkeit des Testaments ohne Einfluß, EG Art 151.

Zu Nr 1: **Minderjährige** (und nicht für volljährig Erklärte) §§ 2, 3. Dagegen sind die wegen Geistesschwäche, Verschwendung und Trunksucht Entmündigten oder vorläufig Bevormundeten den Minderjährigen nur in Ansehung der Geschäftsfähigkeit gleichgestellt (§ 114), sonach von der Mitwirkung als Sollennitätszeugen an sich nicht ausgeschlossen. Beim Feldtestament — nicht aber beim Militärtestament nach § 44 RMilG — können auch Minderjährige als Zeugen mitwirken, wenn sie dem aktiven Heere angehören, MilFGG v. 28. 5. 01 § 2.

Zu Nr 2: **Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte** StGB §§ 32—38. Die nach § 34 Nr 5 eintretende Unfähigkeit, Zeuge zu sein, ist durch die Sollvorschrift des BGB (EG Art 32) für Testamente entsprechend abgeschwächt.

Zu Nr 3: **Unfähigkeit zum Zeugnis** StGB § 161 als Folge der Verurteilung wegen Meineids.

Zu Nr 4: **Gesinde oder Gehilfe.** Über das Gesindeverhältnis bestimmt das Landesrecht, EG Art 95. Gehilfen im Dienste des Richters können nicht in Betracht kommen, da Richter wie Gehilfe beide im Dienste des Staates stehen. Zu den Gehilfen des Notars gehören nur die zur dauernden Dienstleistung im Berufe, gleichviel ob zu juristischen oder rein mechanischen Verrichtungen angenommenen Hilfspersonen, nicht bloß vorübergehend Beschäftigte (Gepäckträger). Ob die Zeugen zum Erblasser oder zum zweiten Notar oder zueinander im Dienst- oder Gehilfenverhältnis stehen, ist gleichgültig — Anwendbarkeit auf den Dolmetscher § 2244, auf das Gemeindetestament § 2249 und, mit Ausnahme von Nr 4 auf das Seuchen- und Seetestament §§ 2250, 2251, sowie auf den Erbvertrag § 2276.

§ 2238

Die Errichtung des Testaments erfolgt in der Weise[1]**, daß der Erblasser dem Richter oder dem Notar seinen letzten Willen mündlich erklärt**[2] **oder**

eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergibt, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte[3]). Die Schrift kann offen oder verschlossen übergeben werden[4]). Sie kann von dem Erblasser oder von einer andern Person geschrieben sein[5]).

Wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann das Testament nur durch mündliche Erklärung errichten[6]).

E I 1918, 1922 II 2104 5, 270, 271, 277 P 5, 336, 339.

1. Die eigentliche **Errichtung des Testamentes** besteht in der mündlichen Erklärung des letzten Willens oder in der Übergabe der Schrift und der sie begleitenden Erklärung (**RG** 61, 149). Im Sinne des Gesetzes gehört aber hierzu auch die Herstellung des „über die Errichtung" aufzunehmenden Protokolls (§ 2240) und — als Sollvorschrift — die Versiegelung und Verwahrung (§ 2246). Ein Verstoß gegen die Formvorschriften des § 2238 wirkt immer Nichtigkeit (§ 125). Der Erblasser kann vor Richter oder Notar (§ 2231 Nr 1) in der einen oder der andern Form nur persönlich testieren, § 2064. Testierfähigkeit §§ 2229, 2230.

2. Die **mündliche Erklärung des letzten Willens** richtet sich an den amtierenden Richter oder Notar. Sie allein ist maßgebend, darauf ob sie von der Amtsperson richtig verstanden ist, kommt nichts an (**RG** JW 10, 61[4]). Sie kann nur durch das Mittel der Sprache und zwar, von §§ 2244, 2245 abgesehen, der d e u t s c h e n S p r a c h e, also niemals durch bloße Zeichen oder Gebärden (Kopfnicken) erfolgen. Stumme sind deshalb auf schriftliche Übergabe des Testaments beschränkt (§ 2243), wenn sie sich nicht in der Lautsprache verständlich machen können. Der Erblasser braucht sich nicht in ausführlicher oder zusammenhängender Rede zu äußern, die Erklärung kann vielmehr auch im Wege der Rede und Gegenrede, Frage und Antwort zwischen dem verhandelnden Beamten und dem Erblasser zum Ausdruck gelangen. Auch die Benutzung von Niederschriften ist hierbei nicht ausgeschlossen (**RG** 63, 86). Niemals aber kann das bloße Verlesen des Protokolls und dessen Genehmigung durch den Erblasser die mündliche Erklärung ersetzen. Ebensowenig ist die Bezugnahme auf eine Schrift gemäß FGG § 176 Abs 2 ausreichend, wenn sie nicht von der besonderen hierfür vorgeschriebenen Erklärung (A 3) begleitet ist (FGG § 168, **RG** 61, 149).

3. **Übergabe des letzten Willens.** Von der übergebenen S c h r i f t gilt bezüglich des Stoffes, der Sprache, der Schriftzeichen das beim Privattestament Gesagte (§ 2231 A 4). Dagegen ist Eigenhändigkeit der Niederschrift nicht erforderlich (A 5), die Benutzung von Typen (Druck, Maschinenschrift) zulässig, Datierung und Unterschrift ganz entbehrlich. Mehrere gleichzeitig überreichte Willenserklärungen, auch wenn sie verschieden datiert sind, gelten als einheitlich im Augenblicke der Übergabe abgegeben. Insoweit sie sich widersprechen, heben sie sich gegenseitig auf. Erfüllt die übergebene Schrift sämtliche Erfordernisse des § 2231 Nr 2, so bleibt sie a l s P r i v a t t e s t a m e n t i n K r a f t, auch wenn der öffentliche Errichtungsakt aus irgend einem Grunde ungültig sein sollte. Es müßte denn bewiesen werden, daß der Erblasser die fertiggestellte Schrift bis zur Übergabe in Amtshand nur als unverbindlichen Entwurf behandelt wissen wollte (vgl. aber § 2086). Die Ü b e r g a b e erfordert schon zur Beseitigung von Identitätszweifeln, daß der Erblasser selbst die Schrift dem Richter oder Notar körperlich aushändigt. Es genügt deshalb nicht, daß er ein Schriftstück als sein Testament bezeichnet, das sich bereits in der Hand einer der mitwirkenden Personen befindet. Die den Übergabeakt begleitende m ü n d l i c h e E r k l ä r u n g erfordert nicht den Gebrauch feierlicher Worte. Im übrigen gilt das A 2 Gesagte. Das solchergestalt überreichte Schriftstück wird hierdurch und durch Aufnahme des Protokolls selbst Bestandteil der öffentlichen Urkunde. Die Erklärung kann sich zugleich auf Zusätze, Änderungen oder Berichtigungen zu dem sachlichen Inhalt des übergebenen Testaments erstrecken. Gesetzlich besteht kein Hindernis, in dieser Weise beide Formen der Testamentserrichtung zusammenzufassen.

4. Das **verschlossen** übergebene Schriftstück darf vom Richter oder Notar nicht geöffnet, das **offen** übergebene nicht gegen den Willen des Erblassers eingesehen werden. Auf offenbare Mängel wird ex officio nobili aufmerksam zu machen sein. Übergabevermerk auf der Urkunde selbst ist zweckmäßig, aber gesetzlich nicht vorgeschrieben.

5. Das übergebene Testament braucht **nicht eigenhändig** geschrieben zu sein (A 3). Der Schreiber ist von der Mitwirkung bei der Testamentserrichtung nicht ausgeschlossen. Soweit nicht § 2235 entgegensteht, kann er darin auch wirksam bedacht werden.

6. **Minderjährige,** soweit sie nicht für volljährig erklärt sind (§§ 3, 2229 A 2), sind wie vom Privattestament (§ 2247), so auch vom öffentlichen Testament in Form der Übergabe, auch in den Fällen der §§ 2249, 2250 Abs 1, ausgeschlossen. Dasselbe gilt von dem, der **Geschriebenes nicht zu lesen vermag,** gleichviel ob er hieran durch dauerndes körperliches Unvermögen wie der B l i n d e oder in sehr hohem Grade Schwachsichtige (**RG** JW 03, 130[23]) oder durch vorübergehende Beeinträchtigung der Sehkraft, oder wegen Verstandes- oder Erziehungsmängeln (Analphabet) verhindert ist. Das Lesevermögen muß auch bezüglich des

betreffenden überreichten Schriftstückes vorhanden sein. Das Testament ist deshalb ungültig, wenn er die gebrauchten Schriftzeichen (Stenographie usw.) nicht entziffern kann oder die benutzte fremde Sprache nicht versteht. Bloßes Schreibunvermögen ist unschädlich. Stumme sind umgekehrt auf das schriftlich übergebene Testament beschränkt (§ 2243) und deshalb von der Testamentserrichtung ganz ausgeschlossen, solange sie minderjährig oder des Lesens unvermögend sind.

§ 2239

Die bei der Errichtung des Testaments mitwirkenden Personen[1]) müssen während der ganzen Verhandlung zugegen sein[2]).

E I 1915 Abs 3 II 2105 M 5, 263 P 5, 331, 332.

1. Die **mitwirkenden Personen** sind die in § 2233 Genannten. Der Erblasser gehört dazu nicht, braucht mithin der Vollziehung des Testamentsprotokolls durch die Mitwirkenden (§ 2242 Abs 3) nicht notwendig beizuwohnen (RG JW 05, 24[26]). Er ist vielmehr in §§ 2241 Nr 2, 2242, 2245 zu den Mitwirkenden ausdrücklich in Gegensatz gestellt. Ebensowenig der Dolmetscher (§ 2244 Abs 1), wo § 2239 nicht mit angezogen ist. Seine Anwesenheit ist nur während der Ausübung der ihm zugewiesenen Verrichtungen und bei Unterzeichnung des Protokolls erforderlich.

2. Die **ganze Verhandlung** begreift nicht nur die eigentliche Testamentserklärung und den Akt der Schriftübergabe nach § 2338, sondern auch die in §§ 2242—2245 erwähnten Erklärungen und sonstigen Vorgänge, nicht minder die Verlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls in sich. Insbesondere genügt nicht, daß die Zeugen nur diesem letzten Teile der Testamentsverhandlung beigewohnt haben (RG 63, 86) oder daß der Gerichtsschreiber nur das Diktat des Richters zu hören bekommt (RG JW 09, 461[21]). Abwesenheit eines Mitwirkenden auch nur bei einem dieser Vorgänge macht das ganze Testament nichtig (§ 125). Insofern enthält das BGB eine bewußte Abweichung von FGG § 174. **Zugegensein** setzt voraus, daß die Mitwirkenden den Erblasser sehen und hören können. Ob die Zeugen der Verhandlung auch tatsächlich gefolgt sind, ist nicht entscheidend. Die Mitwirkung bei der Versiegelung und Verwahrung des Testaments ist nur durch die Ordnungsvorschrift des § 2246 angeordnet. Ebensowenig bedarf es der Anwesenheit der übrigen Mitwirkenden während der Abfassung und Niederschrift des Protokolls, die (als vorbereitender Entwurf) der eigentlichen Testamentsverhandlung sogar vorausgegangen sein darf (RG Gruch 50, 115). Überhaupt erfordert das Gesetz nicht unitas actus. Unterbrechungen selbst von längerer Dauer (innerhalb vernünftiger vom Tatrichter zu ziehender Grenzen) machen den Akt nicht ungültig, wenn zugleich das Protokoll hierüber wahrheitsgetreuen Aufschluß gibt (§ 2241 Nr 1). Ein Wechsel der mitwirkenden Personen vor Abschluß des Testamentsaktes ist dagegen schon mit Rücksicht auf § 2242 Abs 3 unzulässig (a. M. Dernburg § 32 A 10). — § 2239 findet auf die außerordentlichen Testamentsformen (§§ 2249, 2250 Abs 1) und den Erbvertrag Anwendung (§ 2276)

§ 2240

Über die Errichtung des Testaments muß ein Protokoll in deutscher Sprache aufgenommen werden[1]).

E I 1919 Abs 1 II 2106 M 5, 271 P 5, 336, 337.

1. Das **Protokoll** (§§ 2240—2242) ist wesentlicher Bestandteil des Errichtungsaktes, ebenso bei den außerordentlichen Testamentsformen der §§ 2249—2251 und beim Erbvertrag § 2276. Die **deutsche Sprache** ist auch bei Zuziehung eines Dolmetschers (§ 2244), im Falle des § 2245 ist wenigstens deutsche Übersetzung vorgeschrieben. Für sonstige Formalien des Protokolls bleiben mit dem Vorbehalt aus EG Art 151 die Landesgesetze maßgebend. Entsprechend FGG § 175.

§ 2241

Das Protokoll muß enthalten[1]):

1. Ort und Tag der Verhandlung;

2. die Bezeichnung des Erblassers und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen;

3. die nach § 2238 erforderlichen Erklärungen des Erblassers und im Falle der Übergabe einer Schrift die Feststellung der Übergabe.

E I 1919 Abs 2 II 2107 M 5, 271, 272 P 5, 336—338.

1. Die hier und in den folgenden §§ 2242—2245 aufgestellten **Erfordernisse des Testamentsprotokolls** sind wesentlich („muß"), so daß ihre Verletzung Nichtigkeit des Testaments

zur Folge hat (§ 125). Zugleich sind sie erschöpfend. Insbesondere bleibt die Verletzung weitergehender landesgesetzlicher Vorschriften auf die Gültigkeit ohne Einfluß (EG Art 151). Die Beweiskraft der danach hergestellten öffentlichen Urkunde ist nach ZPO §§ 415, 418, 419 zu beurteilen.

Zu Nr 1: Die Angaben über **Ort und Tag der Verhandlung** müssen, wie beim Privattestament (§ 2231 A 5) der Wahrheit entsprechen (a. M. Planck und Zit. A 2, c). Doch sind auch hier offenbare Versehen der Gültigkeit des Testaments unschädlich, wenn sie aus dem Protokolle selbst berichtigt werden können (RJA 6, 177). Nur die ausgeschriebene kalendermäßige Bezeichnung entspricht der Bedeutung der öffentlichen Urkunde, wenn auch der Gebrauch üblicher Abkürzungen die Gültigkeit nicht beeinträchtigen mag (RG 53, 152). Erstrecken sich die Testamentsverhandlungen über mehrere Tage und ist ihr Inhalt am Tage der Niederschrift nicht vollständig wiederholt, so muß das Protokoll auch hierüber Aufschluß geben (§ 2239 A 2).

Zu Nr 2: Die **Bezeichnung** muß nicht notwendig eine namentliche, aber doch eine so bestimmte sein, daß Zweifel über die Personen der Beteiligten nicht aufkommen können. Bezüglich der Person des Erblassers kann auch ein regelmäßig geführtes Pseudonym genügen (§ 2231 A 6). Eine besondere Aufführung der Mitwirkenden als Richter, beurkundender, zweiter Notar, Zeugen ist ratsam, aber entbehrlich, wenn hierüber nach dem Gesamtinhalt des Protokolls kein Zweifel aufkommen kann. Sie brauchen nicht feierlich als „bei der Verhandlung mitwirkend" genannt zu werden (RG JW 09, 20[15]). Die Bezeichnung gehört ordnungsmäßig in den Text des Protokolls, es kann aber, falls an der Einheitlichkeit der Beurkundung kein Zweifel besteht, unter Umständen genügen, wenn sich die Bezeichnung am Rande des Protokolls befindet oder wenn sie (RG 50, 16) erst aus der Unterschrift ersichtlich wird, während im Texte nur von „den unterzeichneten Gerichtspersonen" die Rede ist. Die Aufnahme einer Feststellung über die Identität des Erblassers (FGG § 176 Abs 3) und über seine Geschäftsfähigkeit ist wünschenswert, aber nicht notwendig.

Zu Nr 3: **Erklärung** des Testamentsinhalts selbst oder, bei Übergabe einer Schrift, die Tatsache der Übergabe und der sie begleitenden Erklärung. Die **Feststellung** dieser Tatsache kann auch in der protokollierten Erklärung: „Wir überreichen hiermit . . ." gefunden werden (RG 17. 10. 07 IV 95/07). Ob die Schrift offen oder verschlossen übergeben war, muß nicht notwendig protokolliert werden. — Versiegelung, Aufschrift und Verwahrung § 2246.

§ 2242

Das Protokoll muß vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von ihm eigenhändig unterschrieben werden¹). Im Protokolle muß festgestellt werden, daß dies geschehen ist²). Das Protokoll soll dem Erblasser auf Verlangen auch zur Durchsicht vorgelegt werden³).

Erklärt der Erblasser, daß er nicht schreiben könne, so wird seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt⁴).

Das Protokoll muß von den mitwirkenden Personen unterschrieben werden⁵).

E I 1919 Abs 3, 4, 1920 II 2108 M 5 273—275 P 5, 336—339.

1. Satz 1 hat nur das **Protokoll** im engeren Sinne des § 2241, nicht auch die nach Satz 2, Abs 2, §§ 2243 Abs 2, 2244 Abs 3, 2245 Abs 2 gleichfalls dem Protokoll einzuverleibenden Feststellungen und Versicherungen im Auge. Insbesondere ist auch die Beurkundung über Ort und Tag der Verhandlung (§ 2241 Nr 1) vorzulesen und zu genehmigen (RG 50, 215). Die **Vorlesung,** gleichviel von welchem der Mitwirkenden sie vorgenommen wird, ist auch bei Taubheit des Erblassers wesentlich, unverzichtbar und wird weder durch lautes Diktat, noch durch die Durchsicht des Protokolls (A 3) ersetzt. Für die **Genehmigung** ist mündliche Erklärung (§ 2238 A 2) nicht vorgeschrieben, sie kann deshalb auch stillschweigend ausgedrückt werden (Kopfnicken), ist aber nicht schon in der Unterschrift enthalten. Die **Unterschrift** muß eine **eigenhändige** sein und den Erfordernissen des § 2231 (A 6) entsprechen, kann nicht durch Handzeichen ersetzt werden, muß nicht notwendig mit der im Protokoll enthaltenen Bezeichnung des Erblassers (§ 2241 Nr 2) übereinstimmen und räumlich zu dem vorangehenden Protokoll einschließlich des Vermerks über Vorlesung und Genehmigung in einem Verhältnis stehen, daß dessen Inhalt hierdurch als gedeckt angesehen werden kann. Auch der Blinde hat, wenn er dazu imstande ist, zu unterzeichnen. Entbehrlichkeit der Unterschrift Abs 2.

2. Die **Feststellung** ist eine von den mitwirkenden Personen ausgehende Bezeugung, die einer besonderen Vorlesung und der Genehmigung des Erblassers nicht bedarf, aber durch seine Unterschrift auch nicht ersetzt wird. Sie muß sich ausdrücklich auf alle drei Erfordernisse: Vorlesung, Genehmigung, Unterzeichnung erstrecken (RG JW 04, 208[21]). Der Gebrauch

der üblichen Abkürzung: „V. g. u." kann als genügend angesehen werden (RG 53, 150). Ebenso die Feststellung, „das Testament" (statt Protokolls) sei vorgelesen worden (RG 3. 10. 07 IV 62/07).

3. Die **Vorlegung zur Durchsicht** ist bloße Ordnungsvorschrift, braucht nicht notwendig beurkundet zu werden, kann aber die unterbliebene Vorlesung auch dann nicht ersetzen, wenn sie allen Mitwirkenden gegenüber erfolgt wäre (Pr FGG Art 41).

4. Die **Unterschrift ist entbehrlich,** wenn ein Doppeltes vorliegt: Erklärung des Erblassers und Feststellung dieser Erklärung im Protokoll. a) Die **Erklärung des Erblassers** muß dahin gehen, daß er nicht schreiben könne. Nichtschreibenwollen genügt nicht. Die Erklärung ist die einzige vom Gesetz zugelassene Erkenntnisquelle für die Schreibensunfähigkeit. Darauf, ob sie der Wahrheit entspricht und auf welchen Gründen sie beruht, kommt nichts an. Der beurkundende Beamte darf hierüber gar keine Erörterungen anstellen. Die Erklärung kann deshalb niemals durch das bloß objektive Zeugnis der Urkundspersonen ersetzt werden, der Erblasser sei (weil infolge von Schlaganfällen gelähmt) zur Unterzeichnung außerstande gewesen. Auch durch eine Auslegung, als beruhe das Zeugnis auf der Erklärung des Erblassers, kann in solchen Fällen nicht nachgeholfen werden (RG 69, 79 gegen 65, 375 a. E.). Dagegen ist die Erklärung an eine Form nicht gebunden. Sie kann auch in der Genehmigung des eine objektive Feststellung des Schreibunvermögens enthaltenden Testamentstextes (RG 56, 368, JW 09, 314[13]), unter Umständen auch in der Unterkreuzung des Protokolls mit dem Handzeichen gefunden werden (RG JW 08, 556[17]). b) **Feststellung der Erklärung im Protokoll.** Sie ist auch hier (A 2) lediglich Zeugnis der Urkundspersonen und bildet keinen Bestandteil des vorzulesenden, vom Erblasser zu genehmigenden und zu unterzeichnenden Protokolls (RG 62, 5 gegen JW 05, 541[33]). Eine nochmalige Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung dieses Feststellungsvermerks durch den Erblasser ist deshalb überflüssig (RG 63, 31). Immerhin muß die Feststellung auf die Erklärung des Erblassers Bezug nehmen. Hierzu kann der Vermerk genügen: der Erblasser habe nicht unterschrieben, weil er des Schreibens unkundig sei oder: er habe, weil des Schreibens unkundig, das Protokoll nur mit dem Handzeichen versehen (RG 65, 375).

5. Die **Unterschrift der mitwirkenden Personen** (§ 2239 A 1) muß sich zu dem Protokoll auch räumlich in einem Verhältnis befinden, daß dadurch sein gesamter Inhalt, einschließlich etwaiger Randvermerke, des Vermerks über Vorlesung und Genehmigung, der Unterschrift des Erblassers und der sonst vorgeschriebenen Feststellungen gedeckt wird. Die Unterschriften brauchen jedoch nicht notwendig die letzten Worte des Protokolls zu bilden (RG 68, 297, Vermerk „unterschrieben" erst unter der Namenszeichnung). Die Unterzeichnung muß eine eigenhändige sein und kann weder durch Handzeichen noch durch Feststellung des Schreibunvermögens ersetzt werden. Nicht wesentlich ist, daß auch der Erblasser, der selbst zu den mitwirkenden Personen nicht gehört, der Unterzeichnung beiwohne (RG JW 05, 24[26]). Es ist deshalb der Gültigkeit des Testaments unschädlich, wenn der Erblasser stirbt oder geschäftsunfähig wird, nachdem er das verlesene Protokoll genehmigt und unterzeichnet oder die Erklärung abgegeben hat, daß er nicht schreiben könne (a. M. Staudinger A IV). — Die Beobachtung der wesentlichen Förmlichkeiten muß aus dem Protokolle selbst hervorgehen und kann nicht anderweitigen Ermittelungen entnommen werden (RG JW 04, 208[21]). Entsprechend FGG § 177.

§ 2243

Wer nach der Überzeugung des Richters oder des Notars stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, kann das Testament nur durch Übergabe einer Schrift errichten[1]). Er muß die Erklärung, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte, bei der Verhandlung eigenhändig in das Protokoll oder auf ein besonderes Blatt schreiben, das dem Protokoll als Anlage beigefügt werden muß[2]).

Das eigenhändige Niederschreiben der Erklärung sowie die Überzeugung des Richters oder des Notars, daß der Erblasser am Sprechen verhindert ist, muß im Protokolle festgestellt werden[3]). Das Protokoll braucht von dem Erblasser nicht besonders genehmigt zu werden[4])[5]).

E I 1921 II 2109 M 5, 276, 277 P 5, 339.

1. Darüber, wer **stumm oder sonst am Sprechen verhindert** sei, entscheidet lediglich die pflichtmäßige, nach freier Prüfung gewonnene Überzeugung des beurkundenden Beamten, nicht wie in § 2242 A 4, a die Erklärung des Erblassers. Das Testament kann deshalb nicht mit der Behauptung angefochten werden, der Erblasser hätte sprechen können. Kann sich der Stumme in der Lautsprache verständlich machen, so ist

er auch zu mündlichen Erklärungen im Sinne von § 2238 befähigt. Dagegen ist die Zeichensprache für Kundgebung des letzten Willens ausgeschlossen. Der minderjährige oder lesensunvermögende Stumme kann deshalb überhaupt nicht testieren (§ 2238 A 6). Selbstverständlich auch dann nicht, wenn er nicht schreiben kann (A 2). Ob der Erblasser dauernd oder nur vorübergehend (ärztliches Verbot) am Sprechen verhindert ist, macht keinen Unterschied. Übergabe einer Schrift § 2238 A 3.

2. Die **eigenhändige schriftliche Erklärung** (§ 2231 A 4) ersetzt die mündliche Erklärung nach § 2238 A 3. Sie muß deshalb gleich dieser bei der Verhandlung abgegeben, d. h. vor den Augen der mitwirkenden Personen (§ 2239) niedergeschrieben werden, darf nicht schon vorher hergestellt sein, braucht aber nicht unterschrieben zu werden und dem Gesetze nicht wörtlich zu entsprechen. Da das Protokoll oder ein besonderes als Anlage beizufügendes Blatt vorgeschrieben ist, wird der Umschlag des verschlossen übergebenen Schriftstücks zur Niederschrift nicht benutzt werden dürfen.

3. Neben den hier vorgeschriebenen besonderen **Feststellungen** ist die Feststellung der Schriftübergabe (§ 2241 A 4), ferner die Feststellung der Protokollvorlesung und Unterzeichnung, wenn auch nicht der Genehmigung (§ 2242 A 2), gegebenenfalls auch die Feststellung nach § 2244 Abs 3 geboten. Darüber, daß es der Vorlesung dieser Feststellungen nicht bedarf, s. § 2242 A 4, b.

4. Das **Protokoll** bedarf zwar nicht der Genehmigung, die nur schriftlich erfolgen könnte, wohl aber der Vorlesung — einschließlich der niedergeschriebenen Erklärung — und der Unterschrift des Erblassers nach § 2242 A 1, selbst dann, wenn die eigenhändige Erklärung (A 2) von ihm bereits unterschrieben worden wäre. — § 2243 gilt auch für das Gemeindetestament (§ 2249), nicht aber für das Seuchen- und Seetestament vor Zeugen, da hier nur mündliche Erklärung statthaft ist (§§ 2250, 2251). Entsprechend FGG § 178.

5. Blinde sind auf das öffentliche, mündlich erklärte Testament beschränkt (§ 2238 A 6). Taube sind unbeschränkt testierfähig. Zur Kontrolle des Protokolls können sie Durchsicht verlangen (§ 2242 A 3). Taubstumme können, wenn schreibkundig nach § 2243, wenn die Lautsprache beherrschend auch nach § 2238 testieren.

§ 2244

Erklärt der Erblasser, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei[1]), so muß bei der Errichtung des Testaments ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden[2]). Auf den Dolmetscher finden die nach den §§ 2234 bis 2237 für einen Zeugen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[3]).

Das Protokoll muß in die Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, übersetzt werden[4]). Die Übersetzung muß von dem Dolmetscher angefertigt oder beglaubigt und vorgelesen werden; die Übersetzung muß dem Protokoll als Anlage beigefügt werden[5]).

Das Protokoll muß die Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, sowie den Namen des Dolmetschers und die Feststellung enthalten, daß der Dolmetscher die Übersetzung angefertigt oder beglaubigt und sie vorgelesen hat[6]). Der Dolmetscher muß das Protokoll unterschreiben[7]).

E I 1923 Abs 1—3 II 2110 M 5, 278, 279 P 5, 339—342.

1. Dafür, ob der **Erblasser der deutschen Sprache nicht mächtig** sei, ist, wie im Falle des § 2242 A 4 einzige Erkenntnisquelle die Erklärung des Erblassers. Auch dann, wenn sie nach Überzeugung des beurkundenden Beamten wahrheitswidrig ist, darf er die Aufnahme des Testaments nicht ablehnen (a. M. OLG 1, 409 und Dernburg V § 34 A 1). Sie ist auch im Falle des § 2243 an keine Form gebunden. Deutsche ist nicht gleich hochdeutscher Sprache. Versteht der Beamte die vom Erblasser gebrauchte Mundart nicht, so ist er in der Wahl der Mittel, um eine gegenseitige Verständigung herbeizuführen, nicht beschränkt.

2. Der **Dolmetscher** muß **vereidet** sein. Die Beteiligten können hierauf nicht wie nach FGG § 9 verzichten. Ist der Dolmetscher nicht im allgemeinen vereidet, so hat der Richter oder Notar nach Landesrecht, event. nach GVG § 191 die Vereidung vorzunehmen. Er ist förmlich zuzuziehen, § 2233 A 3, und zwar neben den dort genannten Personen. Der Dolmetscher kann deshalb nicht gleichzeitig als Gerichtsschreiber (RJA 2, 59, abweichend GVG § 192), Notar oder Zeuge mitwirken.

3. § 2234: Ausschließung des Ehegatten, gewisser Verwandter und Verschwägerter des Erblassers, § 2235: Nichtigkeit der dem Dolmetscher oder seinen Angehörigen gemachten

Zuwendungen, § 2236: Ausschließung wegen der Beziehungen zum Richter oder beurkundenden Notar, § 2237: Sollvorschriften wegen gewisser Unfähigkeitsgründe.

4. Der eigentlichen Testamentserrichtung nach § 2238, 2243, die von seiten des Erblassers in der fremden Sprache erklärt und vom Dolmetscher deutsch wiedergegeben wird, folgt die **Niederschrift des Protokolls in deutscher Sprache,** im Falle des § 2243 zugleich die Entgegennahme der die Übergabe begleitenden fremdsprachlichen Erklärung und deren Übersetzung. Das deutsche Protokoll ist demnächst in die fremde Sprache schriftlich zu übersetzen. Kein Nebenprotokoll in der fremden Sprache, s. jedoch § 2245.

5. Ob die **Übersetzung** vom Dolmetscher selbst oder einer andern, vielleicht gewandteren Person vorgenommen wird, ist gleichgültig. Jedenfalls muß sie vom Dolmetscher selbst vorgelesen und wenn er sie nicht selbst niedergeschrieben hat, mit seiner Namensunterschrift beglaubigt werden (§ 129). Sie bedarf nicht der Genehmigung des Erblassers. Als eigentlicher maßgebender Inhalt der Testamentserklärung gilt das deutsche Protokoll. Die Behandlung der Übersetzung als Anlage (§ 2246) erfordert nicht förmliche Verbindung mit dem Protokoll.

6. Die **Erklärung, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein,** ist unmittelbarer Bestandteil des Protokolls. Sie bedarf deshalb der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift des Erblassers und kann nicht, wie im Falle des § 2242 A 4, b durch eine entsprechende Feststellung ersetzt werden (a. M. Planck A 6). Wohl aber gilt das dort Gesagte von der namentlichen Aufführung oder einer sonst genügenden Bezeichnung des Dolmetschers und den sonstigen „Feststellungen" (KGJ 35 A 83).

7. Geziemenderweise hat der Dolmetscher dem ganzen Errichtungsakte beizuwohnen. Da er jedoch nicht zu den mitwirkenden Personen gehört (§ 2239), so genügt die **Anwesenheit des Dolmetschers,** solange er gebraucht wird. Insbesondere ist sie unerläßlich während der ihm allein obliegenden Vorlesung der Übersetzung. Seine Unterschrift hat er in Gegenwart der Mitwirkenden, nicht notwendig auch des Erblassers, beizufügen. Daraus folgt, daß er die Anfertigung der Übersetzung oder deren Beglaubigung sowie ihre Beifügung als Anlage später nicht nachholen kann. — Nichtigkeit bei Verletzung der Formvorschriften § 125. Sie gelten auch für den Erbvertrag (§ 2276) sowie für das Gemeinde-, nicht aber für das vor Zeugen errichtete Seuchen- und Seetestament (§§ 2249—2251). Entsprechend FGG §§ 179, 180.

§ 2245

Sind sämtliche mitwirkende Personen ihrer Versicherung nach der Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, mächtig[1]), so ist die Zuziehung eines Dolmetschers nicht erforderlich[2]).

Unterbleibt die Zuziehung eines Dolmetschers, so muß das Protokoll in der fremden Sprache aufgenommen werden[3]) und die Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, sowie die Versicherung der mitwirkenden Personen, daß sie der fremden Sprache mächtig seien, enthalten[4]). Eine deutsche Übersetzung soll als Anlage beigefügt werden[5]).

E I 1923 Abs 4 II 2111 M 5, 279, 280 P 5, 339—342.

1. **Testament in fremder Sprache.** Erste Voraussetzung ist, daß der Erblasser seiner — formlosen — Erklärung zufolge der deutschen Sprache nicht mächtig ist (A 4). Gibt er diese Erklärung nicht ab, so verbleibt es bei der deutschen Geschäftssprache. Ferner müssen sämtliche mitwirkende Personen (§ 2239) der betreffenden fremden Sprache mächtig sein. Hierzu ist ihre Versicherung erforderlich, aber auch genügend, selbst wenn sie der Wahrheit nicht entspräche. Der Erblasser selbst hat die gleiche Versicherung nicht abzugeben.

2. Die Zuziehung des **Dolmetschers** ist „nicht erforderlich", der leitende Beamte ist aber daran nicht gehindert, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen äußerlich gegeben sind, insbesondere wenn er den abgegebenen Versicherungen mißtraut. Wird der Dolmetscher zugezogen, so sind lediglich die Formvorschriften des § 2244 maßgebend.

3. Im Gegensatz zu § 2244 A 5 ist das **fremdsprachliche Protokoll maßgebend.** Es muß selbstverständlich allen sonstigen für das Protokoll erteilten Formvorschriften entsprechen. Deutsche Übersetzung A 5.

4. Die **Erklärung des Erblassers** ist, wie im Falle des § 2244 A 6, unmittelbar Bestandteil des Protokolls, deshalb vorzulesen, vom Erblasser zu genehmigen und zu unterzeichnen. Dagegen enthält die **Versicherung** der Mitwirkenden lediglich eine Feststellung im Sinne von § 2242 A 4, b. (Nicht unterschieden in RG JW 03 Beil 30[60]).

5. Die Beifügung einer **deutschen Übersetzung** als Anlage (§ 2246) ist nur Ordnungsvorschrift. Es ist gleichgültig, von wem sie angefertigt ist, sie bedarf auch nicht wie im Falle des § 2244 A 5 der Vorlesung und Beglaubigung. — Anwendbar auf die außerordentlichen Testamentsformen §§ 2249—2251 und den Erbvertrag § 2276. Entsprechend FGG § 179.

§ 2246

Das über die Errichtung des Testaments aufgenommene Protokoll soll nebst Anlagen, insbesondere im Falle der Errichtung durch Übergabe einer Schrift nebst dieser Schrift[1]), von dem Richter oder dem Notar in Gegenwart der übrigen mitwirkenden Personen und des Erblassers[2]) mit dem Amtssiegel verschlossen, mit einer das Testament näher bezeichnenden Aufschrift, die von dem Richter oder dem Notar zu unterschreiben ist, versehen[3]) und in besondere amtliche Verwahrung gebracht werden[4]).

Dem Erblasser soll über das in amtliche Verwahrung genommene Testament ein Hinterlegungsschein erteilt werden[5]).

E I 1932 Abs 1, 2 II 2112 M 5, 295, 296 P 5, 351.

1. **Amtliche Verwahrung des Testaments.** Der Testamentsakt geht mit Unterzeichnung des Protokolls nach § 2242 Abs 3 zu Ende. Nichtbefolgung der hier erteilten Ordnungsvorschriften ist deshalb auf die Gültigkeit des Testaments ohne Einfluß. Als Anlagen kommen in Frage die übergebene Schrift § 2238 Abs 1, das besondere Blatt § 2243 Abs 1, die Übersetzung §§ 2244, 2245. Die Aufnahme sonstiger Anlagen ist unstatthaft, aber unschädlich.

2. Die in § 2239 zwingend vorgeschriebene **Gegenwart der Mitwirkenden** wird infolge der bloß reglementarischen Natur der Vorschrift bezüglich der Verwahrung von selbst zur Ordnungsvorschrift. Die Anwesenheit des **Erblassers** ist gleichfalls nicht wesentlich (§ 2242 A 5).

3. Nähere Anweisungen über **Verschluß** 2c. nach Landesrecht. Das Amtssiegel wird durch Trocken- oder Farbenstempel nicht ersetzt. Mitverschluß durch sein Privatsiegel ist dem Erblasser nicht verwehrt.

4. **Besondere amtliche Verwahrung** im Gegensatz zu der gewöhnlichen Aktenverwahrung (RG 48, 99). Nähere Bestimmungen über die Verwahrungsstelle, die mit dem Nachlaßgericht nicht zusammenzufallen braucht (RG 53, 393), insbesondere über die Zuständigkeit der Notare zur eigenen Verwahrung nach Landesrecht. Amtliche Verwahrung des Privattestaments § 2248, Rücknahme aus der Verwahrung § 2256, Einsicht § 2264. Anwendbar auf das Gemeindetestament § 2249, im Zweifel auch auf den Erbvertrag § 2277.

5. Der **Hinterlegungsschein** ist von Amts wegen und trotz etwaigen Verzichts zu erteilen. Die Testamentsurschrift darf dem Erblasser niemals überlassen werden.

§ 2247

Wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann ein Testament nicht nach § 2231 Nr. 2 errichten[1]).

KB 321.

1. **Minderjährige und Lesensunfähige** (§ 2238 A 6) sind nicht bloß **ausgeschlossen vom Privattestament** (§ 2231 Nr 2), sondern nach § 2238 Abs 2 auch vom schriftlich übergebenen Testament, deshalb beschränkt auf das mündlich erklärte Testament vor Richter oder Notar (§ 2238) oder Gemeindevorsteher (§ 2243) oder drei Zeugen (§§ 2250, 2251). Sind sie stumm oder am Sprechen verhindert (§ 2243), so können sie überhaupt nicht testieren. Die Bestimmung enthält nur eine Formvorschrift, keine Minderung der Testierfähigkeit (§ 2229 A 1), hindert also den Minderjährigen nicht, im Auslande privatschriftlich zu testieren, wenn es ihm nach dortigen Gesetzen nachgelassen ist.

§ 2248

Ein nach § 2231 Nr. 2 errichtetes Testament ist auf Verlangen des Erblassers in amtliche Verwahrung zu nehmen[1]). Die Vorschrift des § 2246 Abs. 2 findet Anwendung[2]).

KB 321.

1. Die **amtliche Verwahrung des Privattestaments** macht es nicht, wie die Übergabe der Schrift nach § 2238, zum öffentlichen Testament. Sie findet nur auf Verlangen des Erblassers statt, das formlos und regelmäßig auch durch einen Vertreter gestellt werden kann (RJA 1, 146). Rücknahme ist zulässig, gilt aber im Zweifel nicht als Widerruf, § 2256 Abs 3. Ablieferungspflicht nach dem Erbfall § 2259.

2. Hinterlegungsschein.

§ 2249

Ist zu besorgen, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar möglich

ist[1]), so kann er das Testament vor dem Vorsteher der Gemeinde, in der er sich aufhält, oder, falls er sich in dem Bereich eines durch Landesgesetz einer Gemeinde gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirkes aufhält, vor dem Vorsteher dieses Verbandes oder Bezirkes errichten[2]). Der Vorsteher muß zwei Zeugen zuziehen[3]). Die Vorschriften der §§ 2234 bis 2246 finden Anwendung; der Vorsteher tritt an die Stelle des Richters oder des Notars[4]).

Die Besorgnis, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar nicht mehr möglich sein werde, muß im Protokolle festgestellt werden[5]). Der Gültigkeit des Testaments steht nicht entgegen, daß die Besorgnis nicht begründet war[6]).

E I 1925, 1932 Abs 1, 2 II 2113 M 5, 281, 282, 295, 296 P 5, 342—345, 351 KB 322.

1. **Gemeindetestament.** Die hier vorausgesetzte Besorgnis, auf deren Grund oder Ungrund nach Abs 2 nichts ankommt, wird regelmäßig nur in Land- oder kleineren Stadtgemeinden gegeben sein. Doch ist die Art der Gemeinde (t. ruri conditum) nicht entscheidend. Auch wenn ein Amtsgericht oder ein Notar darin seinen Sitz hätte, ist das Gemeindetestament nicht ausgeschlossen. Weder der Richter noch der Notar dürfen rechtzeitig erreichbar sein, die Feststellung (A 5) muß sich daher auf beide Alternativen erstrecken (vom RG offen gelassen JW 03 Beil 64[149], Unerreichbarkeit des Amtsrichters bei der besonderen Sachlage für genügend erklärt JW 02 Beil 216[65], als Tatfrage behandelt JW 05, 24[26]). Besondere Voraussetzung der Absperrung § 2250 Abs 1.

2. **Aufenthalt des Erblassers** in der Gemeinde, sei es auch bloß vorübergehender Art (Durchreise) genügt. Wohnsitz ist nicht erfordert. Wer als **Vorsteher** der Gemeinde, des Verbandes oder Gutsbezirks und wer als sein Stellvertreter zu gelten habe, bestimmt sich nach Landesrecht. EG Art 150 gestattet dem Landesgesetz, an Stelle des Vorstehers oder neben ihm andere Personen (Orts-, Dorfgerichtspersonen) zu bestellen.

3. **Zuziehung von zwei Zeugen** wie im Falle des § 2233. Ihre Bezeichnung mit einem Amtscharakter ist unschädlich (Schöffen RG JW 05, 24[26]). Die Mitwirkung eines Gemeindeschreibers findet nicht oder doch nur in der Eigenschaft eines Zeugen statt.

4. Die angezogenen §§ 2234—2246 ergeben, daß alle bezüglich des ordentlichen öffentlichen Testaments erlassenen Vorschriften (Unfähigkeit des Vorstehers oder eines Zeugen, Art der Errichtung durch mündliche Erklärung oder Schriftübergabe, Beschränkung der Minderjährigen und Leseunfähigen auf mündliche Erklärung, ständige Anwesenheit, Inhalt des Protokolls, die besonderen Bestimmungen bei Sprechunvermögen und Unkenntnis der deutschen Sprache, endlich über die Art der Verwahrung) auf das Gemeindetestament unmittelbar anwendbar sind, nur daß der Vorsteher an Stelle des Richters oder Notars tritt. Die Verletzung einer dieser Vorschriften wirkt deshalb Nichtigkeit (§ 125). Dagegen hat auch das Gemeindetestament die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde (§ 2241 A 1), jedoch unter Beschränkung der Gültigkeitsdauer auf drei Monate (§ 2252).

5. Der **Feststellungsvermerk** erfordert nicht förmliche Wiedergabe der Gesetzesworte es genügt, daß er sonst dem Protokollinhalte zuverlässig zu entnehmen ist (RG JW 03 Bei, 64[149]). Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift des Erblassers ist nicht erforderlich (RJA 5, 45, § 2242 A 4, b).

6. Die ordnungsmäßige Feststellung der **Besorgnis** ist, wie nach § 2243 die Überzeugung des Richters, nach § 2244 die Erklärung des Erblassers, nach § 2245 die Versicherung der Beteiligten ohne Rücksicht auf den wirklichen Sachverhalt maßgebend. — Haftung des Vorstehers für Versehen (RG 58, 296 und JW 04, 144[15]). Gemeinschaftliches Testament § 2260. Der Erbvertrag kann nur in ordentlicher Form errichtet werden, § 2276 A 1. Unter den Voraussetzungen des § 2249 Errichtung vor drei Zeugen in Konsulargerichtsbezirken und den Schutzgebieten KonsGG v. 7. 4. 00 § 38 und SchutzgebG v. 10. 9. 00 § 3.

§ 2250

Wer sich an einem Orte aufhält[1]), der infolge des Ausbruchs einer Krankheit oder infolge sonstiger außerordentlicher Umstände[2]) dergestalt abgesperrt ist, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist[3]), kann das Testament in der durch den § 2249 Abs. 1 bestimmten Form oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichten[4]).

Wird die mündliche Erklärung vor drei Zeugen gewählt, so muß über die Errichtung des Testaments ein Protokoll aufgenommen werden[5]). Auf die Zeugen finden die Vorschriften der §§ 2234, 2235 und des § 2237 Nr 1 bis 3[6]), auf das Protokoll finden die Vorschriften der §§ 2240 bis 2242, 2245 Anwendung[5]). Unter Zuziehung eines Dolmetschers kann ein Testament in dieser Form nicht errichtet werden[7]).

E I 1927 II 2114 M 5, 283—286 P 5, 346 KB 322.

1. **Seuchentestament.** Unter dem Orte, dessen Absperrung vorausgesetzt ist, wird nicht bloß eine Niederlassung (Gemeinde), sondern im weitesten Sinne jeder Punkt der Erdoberfläche, zu Wasser oder zu Lande, z. B. auch ein Haus, eine Wohnung, Schiff, Stück freies Feld usw. verstanden.

2. Die **Krankheit** braucht keine ansteckende zu sein (t. tempore pestis conditum) und nicht den Erblasser selbst zu betreffen. Auch Tierkrankheiten fallen darunter. Ebenso ist der Kreis der sonstigen **außerordentlichen Umstände** unbeschränkt (polizeiliche, militärische Maßnahmen, Aufruhr, Überschwemmungen, Wegezerstörungen usw.).

3. Die **Absperrung** ist vorhanden, nicht bloß wenn die Möglichkeit des Verkehrs nach allen Seiten aufgehoben ist, sondern auch wenn der Verkehr mit Richter oder Notar (durch die Notwendigkeit beträchtlicher Umwege) erheblich erschwert ist. Zur Gültigkeit des Testaments, die nach § 2252 Abs 1 ohnedies auf drei Monate beschränkt ist, wird jedoch erfordert, daß die gesetzlichen Voraussetzungen auch wirklich vorgelegen haben. Es genügt nicht, daß sie, wie in den Fällen der §§ 2243 A 1, 2249 A 6 als vorhanden angenommen worden sind. Für das Vorhandensein ist beweispflichtig, wer sich auf die Gültigkeit des Seuchentestaments beruft.

4. Das Gesetz stellt zur Wahl des Erblassers die Form des Gemeindetestaments nach § 2249 Abs 1, fordert aber selbstverständlich damit nicht, daß außer den besonderen Umständen der A 1—3 auch noch die dort vorausgesetzte Besorgnis früheren Versterbens gegeben sein müsse. Oder als besondere Form das Testament durch mündliche Erklärung **vor drei Zeugen.**

5. Das **Protokoll** ist wesentlich. Von welchem der drei Zeugen oder ob es von einer vierten Person abgefaßt wird, ist gleichgültig. Es muß grundsätzlich in deutscher Sprache (§ 2240), kann aber im Falle des § 2245 auch in der betreffenden fremden Sprache aufgenommen werden und hat den einzelnen Formvorschriften der §§ 2241, 2242 zu genügen. Das Protokoll braucht eine Feststellung darüber, daß die besonderen Voraussetzungen des Seuchentestaments gegeben gewesen seien, nicht notwendig zu enthalten. Sie ist aber rätlich. Im übrigen ist das Protokoll nur als Privaturkunde nach ZPO §§ 416, 440 beweiskräftig.

6. Bezüglich der **Zeugen** gelten die allgemeinen Unfähigkeitsgründe der §§ 2234, 2237 Nr 1—3. Zuwendungen an die Zeugen und ihre Angehörigen sind nach § 2235 nichtig. Die nicht mit angezogenen §§ 2236, 2237 Nr 4 kommen der Natur der Sache nach nicht in Betracht. Aus der Nichterwähnung des § 2239 darf nicht gefolgert werden, daß die Anwesenheit der Zeugen nicht während der ganzen Verhandlung nötig wäre. „Vor drei Zeugen" ist nicht gleich „nacheinander vor je einem Zeugen", die Erklärung des Erblassers muß vielmehr gleichzeitig an alle drei gerichtet sein. § 2242 Abs 3 ergibt ferner, daß ihre gemeinschaftliche „Mitwirkung" auch bei Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift des Protokolls (oder bei der die Unterschrift ablehnenden Erklärung des Erblassers) nötig ist. Erst mit Unterschrift der Zeugen ist der Testamentsakt beendet. Zutritt der Urkundsperson SeuchenG v. 30. 6. 00 §14.

7. Das **Seuchentestament ist ausgeschlossen,** wenn die Errichtung durch Übergabe einer Schrift erfolgen soll (§ 2238 A 3) oder (wegen Sprechunvermögens nach § 2243) nur in dieser Form erfolgen kann, ferner wenn die Zuziehung eines Dolmetschers nach § 2244 erforderlich wäre. Für das fremdsprachliche Testament bleibt mithin nur der Weg des § 2245.

§ 2251

Wer sich während einer Seereise[1]) an Bord eines deutschen, nicht zur Kaiserlichen Marine gehörenden Fahrzeugs außerhalb eines inländischen Hafens befindet[2]), kann ein Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen nach § 2250 errichten[3]).

E I 1929 II 2115 M 5, 287 P 5, 349.

1. **Seetestament.** Die Seereise erfordert kein festes Reiseziel (§ 16 Abs 2), steht aber im Gegensatz zur bloßen Seefahrt zu Zwecken der Fischerei oder zu kurzen Sport- und Vergnügungsfahrten. Die Seereise ist auch angetreten, wenn zur Gewinnung der hohen See vorerst die Benutzung eines Binnengewässers nötig ist.

2. Das Testament kann nur **an Bord** des Schiffes, nicht während eines vorübergehenden Landaufenthaltes und nur auf **deutschen Fahrzeugen** errichtet werden. Dazu gehört grundsätzlich, daß sie im ausschließlichen Eigentum eines Reichsangehörigen stehen (FlaggenG v. 22. 6. 99 §§ 2, 3, aber auch SchutzgebG v. 10. 9. 00 § 10), selbst wenn sie im Schiffsregister nicht eingetragen sind oder Flaggenzeugnis nicht besitzen (FlaggenG §§ 10—12 und RG v. 29. 5. 01). Zu den inländischen Häfen gehören diejenigen der Schutzgebiete nicht. Bezüglich des Marinetestaments s. Vorbem vor § 2229. Deutsche auf fremden Schiffen vgl. EG Art 11 Abs 1.

3. Unter den Zeugen muß sich nicht notwendig der Schiffsführer befinden.

§ 2252

Ein nach § 2249, § 2250 oder § 2251 errichtetes Testament gilt als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate verstrichen sind und der Erblasser noch lebt[1]).

Beginn und Lauf der Frist sind gehemmt, solange der Erblasser außerstande ist, ein Testament vor einem Richter oder vor einem Notar zu errichten[2]).

Tritt im Falle des § 2251 der Erblasser vor dem Ablaufe der Frist eine neue Seereise an, so wird die Frist dergestalt unterbrochen, daß nach der Beendigung der neuen Reise die volle Frist von neuem zu laufen beginnt[3]).

Wird der Erblasser nach dem Ablaufe der Frist für tot erklärt, so behält das Testament seine Kraft, wenn die Frist zu der Zeit, zu welcher der Erblasser den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat, noch nicht verstrichen war[4])[5]).

E I 1926, 1928, 1930 II 2116 M 5, 282, 283, 286, 288 P 5, 345, 346, 349.

1. Die **Gültigkeitsdauer der außerordentlichen Testamente** ist auf drei Monate beschränkt. Fristberechnung §§ 187, 188. Das Testament verliert mit Fristablauf von selbst seine Kraft und zwar vermöge gesetzlicher Fiktion unter Rückbeziehung auf den Zeitpunkt der Errichtung. Es behält somit auch nicht die Wirkung des Widerrufs (§§ 2254, 2258).

2. **Hemmung der Frist** §§ 202—205. Gleichgültig ist, aus welchen Gründen der Erblasser außerstande ist, d. h. sich in der Unmöglichkeit befindet, vor einem (deutschen) Richter oder Notar in der Form des § 2238 zu testieren, ob wegen Fortdauer der Absperrung, der Seereise, oder wegen in seiner Person eingetretener Umstände (schwere Krankheit). Erhebliche Erschwerung für sich allein genügt nicht, wenn sie nicht mit der Fortdauer der Absperrung zusammentrifft (§ 2250 A 3). Anderseits kommt die Möglichkeit, im Auslande (sei es auch vor einem deutschen Konsul nach KonsGG v. 7. 4. 00 § 7 Nr 2) oder durch Privattestament oder in einer der außerordentlichen Testamentsformen zu testieren, überhaupt nicht in Betracht.

3. **Beim Seetestament** kann der Erblasser auf ein und derselben Reise so oft und solange in deutschen Zwischenhäfen verweilt haben, daß die Dreimonatsfrist noch vor beendeter Reise abgelaufen ist. Dagegen kommt infolge Antritts einer neuen Reise die bis dahin verstrichene und noch nicht abgelaufene Frist überhaupt nicht mehr in Betracht. Ob es sich um Fortsetzung der alten oder Antritt einer neuen Reise handelt, ist Tatfrage.

4. Der nach der **Todeserklärung** maßgebende Zeitpunkt des Todes (§ 18 Abs 2) wird regelmäßig soweit hinausgeschoben, daß die Dreimonatsfrist meist verstrichen, aber keine Gewißheit darüber zu erlangen wäre, ob etwa eine Hemmung eingetreten sei (A 2). Im Interesse der Aufrechterhaltung der außerordentlichen Testamente wird deshalb die Lebensvermutung des § 18 Abs 1 beseitigt und der Tod auf den Zeitpunkt zurückverlegt, an welchem nach den letzten positiven Nachrichten (§§ 14, 16) der Erblasser noch gelebt hat.

5. Die **Beweislast** dafür, daß das Testament aus den besonderen Gründen des Abs 2—4 noch über die Dreimonatsfrist hinaus gegolten habe, trifft denjenigen, welcher aus der Gültigkeit Rechte ableitet.

§ 2253

Ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung kann von dem Erblasser jederzeit widerrufen werden[1]).

Die Entmündigung des Erblassers wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht steht dem Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments nicht entgegen[2]).

E I 1753 Abs 2 II 2121 Abs 1 M 5, 8 P 5, 5, 351—353.

1. Es gehört zum Wesen der einseitigen Verfügung von Todes wegen (§ 1937), daß sie **jederzeit frei widerruflich** ist. Der vertragsmäßige Verzicht hierauf ist nichtig, § 2302

und auch im Testamente selbst kann sich der Erblasser des Widerrufsrechts nicht wirksam begeben oder dafür erschwerte Formen bestimmen (derogatorische Klausel). Der Widerruf kann das ganze Testament oder nur eine einzelne Verfügung zum Gegenstand haben. Inwieweit hiervon die Wirksamkeit anderer Verfügungen beeinflußt wird, ist nach § 2085 zu beurteilen. Auch teilweiser Widerruf (Herabsetzung einer ausgesetzten Zuwendung) und bedingter Widerruf ist zulässig. Er wirkt als Hinzufügung einer auflösenden Bedingung zu einer Zuwendung (Widerruf der dem X vermachten 1000 für den Fall, daß er die Z heirate). Privatorische Klausel s. § 2074 A 1. Beschränkte Widerruflichkeit des gegenseitigen Testaments § 2271. Rücktritt vom Erbvertrage §§ 2293—2297. Der Widerruf eines vor 1. 1. 00 errichteten Testaments bestimmt sich nach BGB, EG arg. Art 214 Abs 1, aber auch Abs 2.

2. Die wegen Geistesschwäche rc. **Entmündigten** sind nach § 2229 Abs 3 nicht testierfähig, jedoch ausnahmsweise und zwar ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters zum Widerruf in einer der Formen der §§ 2254—2256, insoweit also auch zur Errichtung eines Testaments (§ 2254) befähigt. Nicht aber auch zum stillschweigenden Widerruf gemäß § 2258 Abs 1, da hier ein wirksamer, neuer und abweichender Testamentsinhalt vorausgesetzt ist. Die Möglichkeit zu widerrufen beschränkt sich ferner auf vor der Entmündigung errichtete Testamente. Der Entmündigte kann deshalb zwar ein erstes Testament wirksam machen, indem er einen noch vor der Entmündigung erklärten Widerruf dieses Testamentes (§ 2257) oder ein noch vor der Entmündigung errichtetes zweites abweichendes Testament widerruft (§ 2258). (A. M. Strohal § 42 A 3). Nicht aber kann er den erst nach der Entmündigung erklärten Widerruf durch einen zweiten Widerruf beseitigen und dadurch das einmal widerrufene Testament wieder in Kraft setzen. Der Eintritt von Geisteskrankheit (§ 104 Nr 2/3) schließt jede Möglichkeit des Widerrufs aus.

§ 2254

Der Widerruf erfolgt durch Testament[1]).

E I 1933 Abs 1 II 2121 Abs 2 Satz 1 M 5, 297, 298 P 5, 351—353; 6, 73.

1. Der Widerruf kann durch **jede Form des Testaments** erfolgen, gleichviel in welcher Form das widerrufene Testament errichtet war. Doch bleibt das widerrufende Testament, wenn sich der Erblasser hierzu der außerordentlichen Form bedient (§§ 2249—2251) gemäß § 2252 nur drei Monate wirksam. Selbstverständlich kann nur ein gültiges Testament die Widerrufswirkung äußern. Bloßer brieflicher Widerruf gegenüber dem Bedachten genügt nicht (RG JW 10, 22[34]). Anfechtung §§ 2078 ff. Widerruf des Widerrufs § 2257, stillschweigender Widerruf durch neues mit dem früheren inhaltlich in Widerspruch stehendes Testament § 2258. Widerruf im Erbvertrag § 2299 Abs 1, s. auch § 2289. Ademtio legati § 2172 A 1.

§ 2255

Ein Testament kann auch dadurch widerrufen werden,[1]) daß der Erblasser in der Absicht, es aufzuheben[2]), die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt[3]).

Hat der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet oder in der bezeichneten Weise verändert, so wird vermutet, daß er die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe[4]).

E I 1934 II 2122 M 5, 299--302 P 5, 353; 6, 73.

1. Der **Widerruf durch schlüssige Handlungen** (§§ 2255, 2256) ist sachlich letztwillige Verfügung, setzt deshalb Testierfähigkeit (§ 2229 A 1, bezüglich der Entmündigten § 2253 A 2) und persönliches Handeln voraus (§ 2064). Dies schließt nicht aus, daß sich der Erblasser hierzu der Hand eines Dritten als seines Werkzeugs bedient. Es genügt aber nicht, daß er der von dem Dritten eigenmächtig vorgenommenen Vernichtung oder Veränderung nachträglich zustimmt. Da es sich auf seiten des Dritten um eine bloß tatsächliche, nicht rechtsgeschäftliche Verfügung handelt, kommt § 185 überhaupt nicht in Frage. Für Anfechtung der stillschweigenden Widerrufserklärung sind §§ 2078 ff. maßgebend.

2. Nur das Vernichten usw. **in Aufhebungsabsicht** ist als Widerruf wirksam. Korrekturen zur Vorbereitung eines neuen Testaments, aber mit der Absicht, das errichtete Testament vorerst weiter bestehen zu lassen, kommen nicht in Betracht (RG 71, 301). Vermutete Absicht Abs 2. Sie muß schon während des Handelns vorgelegen haben. Anders § 2256 A 1.

3. **Vernichten** ist Zerstörung des Stoffes der Urkunde durch Verbrennen, Zerreißen, Zerschneiden, nicht bloßes Wegwerfen. Auch Einreißen der Urkunde und Entfernung des

aufgedrückten Privatsiegels kann genügen (RG 69, 413). **Veränderungen** im Sinne des Gesetzes sind Durchstreichungen, Radierungen, Einklammerungen usw., nicht aber bloße unwesentliche Fassungsänderungen (RG 71, 303). Deren Datierung ist nicht erforderlich. Ob damit nur einzelne Verfügungen oder ob der ganze Testamentsinhalt widerrufen ist, entscheidet sich nach § 2085. Jedenfalls kann sich der Widerruf auch auf einzelne Verfügungen beschränken (a. a. O.). Sind mehrere Urschriften vorhanden, so ist es, namentlich wenn sie der Erblasser sämtlich in Gewahrsam hat, Sache freier durch die Vermutung des Abs. 2 nicht gedeckter Beurteilung, ob er mit der Veränderung, insbesondere mit der Vernichtung nur eines oder einiger Exemplare die Aufhebungsabsicht verfolgte, oder ob er z. B. nur die Zahl der Urschriften vermindern wollte. Als selbstverständlich ist vorausgesetzt, daß dem Erblasser die Testamentsurkunde zugänglich ist. Dies trifft regelmäßig zu beim Privattestament (s. aber § 2256 Abs. 3), beim Seuchentestament §§ 2250 Abs. 2, 2251 und beim Militärtestament (EG Art 44). Die Anwendung des § 2255 ist aber auch gegenüber dem amtlich verwahrten Testament (§§ 2246, 2249) nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Bei dem in schlüssiger Form erklärten Widerruf verbleibt es endgültig. Wiederzusammensetzen der zerstückelten Urkunde, Unterpunktieren der durchstrichenen Stellen ist kein wirksamer Widerruf des Widerrufs.

4. **Beweislast.** Dafür, daß die Vernichtung rc. vom Erblasser vorgenommen worden sei, besteht keine Vermutung. Sie ist von dem zu beweisen, der hieraus Rechte ableitet. Steht dies fest, so hat, wer die fortdauernde Wirksamkeit eines vernichteten oder veränderten Testaments behauptet, die Rechtsvermutung des Abs 2 zu widerlegen (ZPO § 292) und nachzuweisen, daß eine Aufhebungsabsicht nicht bestanden habe. Bei mehreren Urschriften s. jedoch A 3. Ist die Urkunde vernichtet, so hat er außerdem mit den gewöhnlichen Beweismitteln den von ihm behaupteten Testamentsinhalt nachzuweisen (RG JW 07, 366[15], Eid 10, 291[26]) Dasselbe gilt auch, wenn die Testamentsurkunde etwa sonst aus Versehen vernichtet oder durch Zufall untergegangen wäre.

§ 2256

Ein vor einem Richter oder vor einem Notar oder nach § 2249 errichtetes Testament gilt als widerrufen[1]), wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird[2]).

Der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen[3]). Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen[4]).

Die Vorschriften des Abs. 2 gelten auch für ein nach § 2248 hinterlegtes Testament; die Rückgabe ist auf die Wirksamkeit des Testaments ohne Einfluß[5]).

E I 1935 II 2123 M 5, 302, 303 P 5, 353, 354; 6, 73 KB 322.

1. Der **Widerruf durch Rücknahme** kommt nur bei dem öffentlichen Testament des § 2238 und bei dem Gemeindetestament des § 2249 (und § 2250 Abs 1) in Frage, weil nur bei diesen Testamenten eine amtliche Verwahrung gemäß § 2246 stattfindet. Bezüglich der übrigen Testamentsformen s. A 5. Das Gesetz legt der Rücknahme (der auf Verlangen des Erblassers erfolgten Rückgabe) die Widerrufswirkung zwingend bei („gilt als widerrufen") ohne Rücksicht darauf, ob sie mit dem Aufhebungswillen erfolgt ist (§ 2255 A 2) oder nicht. Der Widerruf kann also nicht durch die Erklärung ausgeschlossen werden, das Testament solle bestehen bleiben, eine mit diesem Vorbehalt geforderte Rückgabe ist abzulehnen, neue Hinterlegung des einmal zurückgegebenen Testaments kann ihm nicht wieder zu Kräften helfen. Die bloße Vorlegung zur Einsicht ist damit nicht ausgeschlossen. Im übrigen ist auch hier Testierfähigkeit und zwar im Zeitpunkte der Rückgabe erforderlich (§ 2255 A 1, bezüglich des Entmündigten § 2253 A 2) und Anfechtung nach §§ 2078 ff. möglich, sie kann aber niemals auf Mängel des Aufhebungswillens gestützt werden.

2. Die Tatsache der **Rückgabe an den Erblasser** wirkt unmittelbar kraft Gesetzes den Widerruf, vorausgesetzt, wie aus Abs 2 zu ergänzen, daß sie auf Verlangen des Erblassers und an ihn persönlich erfolgt. Ferner, daß es bereits zur amtlichen Verwahrung nach § 2246 gekommen ist. Hat z. B. der Notar nach Landesrecht das von ihm aufgenommene Testament an das Amtsgericht abzuliefern, so wäre die vorher von ihm bewirkte Aushändigung an den Erblasser kein Widerruf. Gegenstand der Rückgabe sind alle nach § 2246 unter Verschluß gebrachten Schriftstücke, sowohl das übergebene als das mündlich erklärte Testament, das hierüber aufgenommene Protokoll und sonstige Anlagen (§ 2246 A 1). Zur Öffnung des Siegels ist der Verwahrende nicht befugt. Rückgabe zu Protokoll ist nicht wesentlich.

3. Das **Verlangen des Erblassers** wirkt erst in Verbindung mit der geschehenen Rückgabe den Widerruf. Es ist an keine Form gebunden, bedarf nicht notwendig der Beurkundung und ergibt sich regelmäßig schon aus der Annahme der Schriftstücke. Dem Verlangen ist auch dann stattzugeben, wenn das zurückverlangte Testament bereits anderweit widerrufen (§ 2254) oder aus andern Gründen, z. B. durch Zeitablauf nach § 2252 unwirksam geworden wäre.

4. Entsprechend dem § 2064 kann auch in Form der Rücknahme der **Erblasser nur persönlich**, also nicht durch Vertreter widerrufen. Er hat mithin dem Verwahrungsbeamten seine Identität nachzuweisen (FGG § 176 Abs 3). Rückgabe des Hinterlegungsscheins (§ 2246 Abs 2) genügt nicht, sie ist aber auch nicht wesentlich. Bei erheblicher Entfernung von der Verwahrungsstelle greift die Rechtshilfe ein.

5. Die Hinterlegung des **Privattestaments** ist in § 2248 nur freigestellt. Dem entspricht es, daß einer Wiederabforderung des Testaments von der Verwahrungsstelle die zwingende Wirkung des Widerrufs nicht beigelegt ist. Hiefür dienen die einfachen Formen des § 2255. Entsprach die nach § 2238 (A 3) übergebene Schrift den Erfordernissen des Privattestaments, so wirkt die in den Formen der Abs 1, 2 vollzogene Rückgabe vermöge der vom Gesetz ihnen beigelegten zwingenden Wirkung den endgültigen Widerruf des Testaments auch in der möglichen Eigenschaft eines Privattestaments (a. M. Strohal § 42 A 18). Will der Erblasser die Schrift gleichwohl als Privattestament bei Kräften erhalten wissen, so wird er sie mindestens neu zu datieren und zu unterschreiben haben (§ 2231 A 5—7). Keinesfalls genügt hierzu, daß er sie von neuem, nunmehr auf Grund von § 2248 in amtliche Verwahrung bringen läßt. Die Widerrufswirkung als Folge der Rückgabe ist auch bei dem Zeugentestament der §§ 2250 Abs 2, 2251, sowie beim Militär- und Marinetestament ausgeschlossen, da auch hier die amtliche Verwahrung vom Gesetze nicht vorgeschrieben ist. — Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments § 2272.

§ 2257

Wird der durch Testament erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung widerrufen[1]), so ist die Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre[2]).

E I 1933 Abs 2 II 2194 M 5, 298, 299 P 5, 351—353.

1. Der **Widerruf des Widerrufs** ist ausgeschlossen, wenn der erste Widerruf durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde (§ 2255 A 3) oder durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung erfolgt war (§ 2256 A 1). In beiden Fällen ist vielmehr zur Wiederherstellung des Testaments Neuerrichtung notwendig. War dagegen der Widerruf nach § 2254 durch Testament erklärt, so kann dieses widerrufende Testament seinerseits in allen drei Formen der §§ 2254—2256 und überdies nach § 2258 widerrufen werden.

2. Die **Wirksamkeit des zweiten Widerrufs** wird auf den Zeitpunkt des ersten Widerrufs **zurückbezogen**. Das erste Testament bleibt somit in Kraft, wie wenn es überhaupt nicht widerrufen wäre. Dies setzt voraus, daß es noch unversehrt vorhanden, namentlich nicht in der Zwischenzeit nach §§ 2255, 2256 vernichtet, verändert oder zurückgenommen ist. Wäre es durch Zufall untergegangen, so müßte es mit den gewöhnlichen Beweismitteln wiederhergestellt werden (§ 2255 A 4). Der Entmündigte kann den erst nach der Entmündigung erklärten Widerruf nicht zum zweiten Mal widerrufen (§ 2253 A 2). Auch teilweiser oder beschränkter Widerruf des Widerrufs ist zulässig (§ 2253 A 1).

§ 2258

Durch die Errichtung eines Testaments wird ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht[1]).

Wird das spätere Testament widerrufen, so ist das frühere Testament in gleicher Weise wirksam, wie wenn es nicht aufgehoben worden wäre[2]).

E I 1936 II 2125 M 5, 303—305 P 5, 354, 355.

1. **Stillschweigende Aufhebung** des früheren **durch ein späteres Testament.** Vorausgesetzt ist, daß beim Erbfall mehrere zeitlich aufeinanderfolgende Testamente des Erblassers vorhanden sind, die an sich gleichmäßig gültig und wirksam sind, inhaltlich aber miteinander in Widerspruch stehen, ohne daß das spätere Testament eine ausdrückliche Widerrufserklärung bezüglich des früheren Testaments enthielte (§ 2254). Grundsätzlich (vgl. auch § 2085) bleiben die mehreren Testamente nebeneinander in Kraft. Nur insoweit sie sich widersprechen, legt das Gesetz der späteren Verfügung ausschließliche Wirkung bei. Daraus folgt, daß die bloße Tatsache einer zweiten Testamentserrichtung die Wirksamkeit des ersten Testaments nicht beeinträchtigt, daß aber, soweit widersprechend verfügt ist, ein besonderer Aufhebungswille auf seiten des Erblassers nicht vorhanden zu sein braucht. Die Widerrufswirkung tritt ein, auch wenn er z. B. das erste Testament ganz vergessen hätte. Inwieweit sich die mehreren letztwilligen Verfügungen widersprechen, ist in freier Auslegung (§ 133) unter Berücksichtigung auch außerhalb des Testaments liegender Umstände zu ermitteln (RG 3. 2. 08 IV 286/07; RJA 9, 85). Hierbei ist selbstverständlich der Wille des Erblassers vor allem entscheidend. Er kann auch dahin zu verstehen sein, daß das spätere Testament allein

und ausschließlich maßgebend sein soll, demnach auch diejenigen älteren Verfügungen aufhebe, die hiermit an sich vereinbar wären. Die aufhebende Wirkung des späteren Testaments bleibt auch dann bestehen, wenn es z. B. infolge Ausfalls der Bedingung, Vorversterbens des eingesetzten Erben, Ausschlagung gegenstandslos (destitut) werden sollte. Dem Entmündigten ist der Widerruf gemäß § 2258 nicht möglich (§ 2253 A 2). Mehrere gleichzeitig errichtete Testamente heben sich, soweit sie sich widersprechen, gegenseitig auf.

2. Der **Widerruf des späteren Testaments** kann in allen Formen der §§ 2254—2256 erfolgen. Damit fallen die darin getroffenen widersprechenden Verfügungen und das ältere, formell überhaupt nicht aufgehobene Testament bleibt auch inhaltlich voll bei Kräften (vgl. § 2257 A 2). Die Absicht des Erblassers, die frühere Verfügung nicht wiederherzustellen, es vielmehr bei der Widerrufswirkung des zweiten Testaments zu belassen, ist nur dann „unzweideutig" (Prot 5, 353), wenn sie in einem widerrufenden Testamente erklärt ist (§ 2254). Die Widerrufsformen der §§ 2255, 2256 bieten hierfür keine Möglichkeit (a. M. Dernburg § 40 A 3). — Aufhebung durch späteren Erbvertrag § 2289.

§ 2259

Wer ein Testament, das nicht in amtliche Verwahrung gebracht ist, im Besitze hat[1]), ist verpflichtet, es unverzüglich, nachdem er von dem Tode des Erblassers Kenntnis erlangt hat, an das Nachlaßgericht abzuliefern[2]).

Befindet sich ein Testament bei einer andern Behörde als einem Gericht[3]) oder befindet es sich bei einem Notar in amtlicher Verwahrung[4]), so ist es nach dem Tode des Erblassers an das Nachlaßgericht abzuliefern[5]). Das Nachlaßgericht hat wenn es von dem Testamente Kenntnis erlangt, die Ablieferung zu veranlassen[6]).

E I 1937 II 2126 M 5, 305, 306 P 5, 355, 356.

1. Die **Ablieferungspflicht** liegt **jeder Privatperson** ob, die ein nicht nach §§ 2246, 2248 oder sonst in amtlicher Verwahrung gebrachtes Testament, auch dasjenige eines im Inlande verstorbenen Ausländers (KGJ 36 A 85) aus irgend einem Grunde in Besitz hat. In Betracht kommt vor allem das Privattestament, ferner das einer Verwahrung nicht unterliegende Zeugentestament (§§ 2250, 2251), sowie das Militär- oder Marinetestament. Es genügt, daß das (offene oder verschlossene) Schriftstück sich äußerlich als Testament kennzeichnet. Ob es Formmängel aufweist, nur eine Erbeinsetzung des Verwahrenden selbst enthält, sachlich gegenstandslos geworden oder widerrufen ist, macht keinen Unterschied. Ist es überhaupt noch vorhanden, so können auch Durchstreichungen usw. (§ 2255) nicht von der Ablieferungspflicht befreien (a. M. Planck A 2 und Zit.; Staudinger A 3).

2. Die **Ablieferungspflicht an das Nachlaßgericht** (FGG §§ 72, 73, 83, EG Art 147) ist unverzüglich (§ 121) und unverlangt zu erfüllen. Die Unterlassung kann strafbar sein (StGB § 274 Nr 1) und jedenfalls den Interessenten gegenüber schadensersatzpflichtig machen, die Ablieferung kann von ihnen auch mit Klage gefordert werden. S. auch A 6.

3. Die **Ablieferungspflicht der Behörden** gilt auch für Gerichtsbehörden, die nicht zur besonderen amtlichen Verwahrung und demgemäß zur Eröffnung des Testaments berechtigt sind (§ 2261), so für die Kollegialgerichte, soweit sie nicht nach EG Art 57 zuständig sind. Im übrigen kommen in Betracht die vorgesetzte Militärbehörde beim Militärtestament (RMilG § 44 Nr 4 Abs 3), der Gemeindevorsteher im Falle des § 2249, Polizeibehörden und Staatsanwaltschaften auf Grund einer Beschlagnahme (a. M. Dernburg § 38 A 10) u. dgl.

4. Die **Notare** haben das Testament (und zwar in der Urschrift) nicht bloß dann abzuliefern, wenn ihnen landesgesetzlich die „besondere Verwahrung" im Sinne von § 2246 übertragen ist, sondern schlechthin, solange sie es in Verwahrung haben, also auch wenn es zur Zeit des Todes noch nicht in die besondere Verwahrung hat gebracht werden können oder wenn es nach bisherigem Recht einer Hinterlegung gar nicht bedurft hatte (RG 48, 99). Ob das abgelieferte Testament nach geschehener Eröffnung dem Notar zurückzugeben ist, bestimmt sich nach Landesrecht (RG 53, 390, dagegen Planck A 3 und Zit.). Im übrigen vgl. A 1 Die Bestimmung ist gegenstandslos, wenn der Notar nach Landesrecht zugleich zur Eröffnung des Testaments berufen ist.

5. Über die **Art der Ablieferung** und deren Beurkundung, Quittungsleistung bestehen reichsgesetzlich keine Vorschriften. Die Kosten gehören, weil den Erben als solchen treffend, zu den Nachlaßverbindlichkeiten, § 1967.

6. Die **Veranlassung** geschieht Behörden gegenüber durch Ersuchen, Privatpersonen können auch im Wege der Rechtshilfe hierüber befragt (RG 69, 271) und gemäß §§ 83, 33 FGG durch Ordnungsstrafen und Abforderung des Offenbarungseides zur Ablieferung angehalten werden. Landesrechtlich (Pr FGG Art 17) ist auch gewaltsame Wegnahme zulässig. — Ablieferung des Erbvertrags § 2300. Nach EG Art 213 findet § 2259 auch auf früher errichtete Testamente Anwendung, wenn der Erblasser nach 31. 12. 99 verstorben ist (RG 48, 101).

§ 2260

Das Nachlaßgericht hat, sobald es von dem Tode des Erblassers Kenntnis erlangt, zur Eröffnung eines in seiner Verwahrung befindlichen Testaments einen Termin zu bestimmen[1]). Zu dem Termine sollen die gesetzlichen Erben des Erblassers und die sonstigen Beteiligten soweit tunlich geladen werden[2]).

In dem Termin ist das Testament zu öffnen, den Beteiligten zu verkünden und ihnen auf Verlangen vorzulegen. Die Verkündung darf im Falle der Vorlegung unterbleiben[3]).

Über die Eröffnung ist ein Protokoll aufzunehmen. War das Testament verschlossen, so ist in dem Protokolle festzustellen, ob der Verschluß unversehrt war[4]).

E I 1938 Abs 1 II 2127 M 5, 306, 307 P 5, 356.

1. Die **Eröffnung des Testaments durch das Nachlaßgericht** oder das nach § 2261 hierzu berufene andere Gericht umfaßt die Öffnung und die Verkündung (Abs 2). Sie setzt voraus, daß das Gericht durch eine ihm nach Landesrecht erstattete Todesanzeige oder durch Vorlegung einer Sterbeurkunde oder einer Todeserklärung vom Tode des Erblassers Kenntnis erlangt hat. Ferner, daß sich das zu eröffnende Testament, sei es von vornherein, sei es nach geschehener Ablieferung (§ 2259) in seiner Verwahrung befindet.

2. Die Bestimmung des **Termins** und die **Ladung** geschieht von Amts wegen. Zustellung ist nicht vorgeschrieben, das Erscheinen der Beteiligten kann nicht erzwungen werden (§ 2262). Erscheinen sie freiwillig, so ist nicht ausgeschlossen, auch ohne Ladung und förmliche Terminsbestimmung sogleich die Eröffnung vorzunehmen. Beibringung des Hinterlegungsscheins (§ 2246 Abs 2) ist nicht wesentlich. Weitläufigere Ermittelungen der gesetzlichen Erben der Terminsbestimmung vorangehen zu lassen, liegt nicht im Sinne des Gesetzes („soweit tunlich"). Zu den Beteiligten gehören Bedachte, Auflageberechtigte (§ 2194), Testamentsvollstrecker, Personen, bezüglich deren familienrechtliche Anordnungen getroffen sind (Vormünder, Gewalthaber, Ehegatten), soweit sie aus dem offen vorliegenden Testament oder aus bereits eröffneten Testamenten des Erblassers dem Nachlaßgerichte bekannt sind. Sie können auch durch Vertreter erscheinen. Eröffnung im Wege der Rechtshilfe kann von den Beteiligten nicht beansprucht werden.

3. Die **Öffnung** hat sich auf den amtlichen wie auf den vom Erblasser selbst bewirkten Verschluß, die **Verkündung** auf den gesamten Inhalt der zum Testament gehörigen offen (RG 48, 99) oder verschlossen überreichten Schriftstücke einschließlich der Protokolle und deren Anlagen (§ 2246 A 1) zu erstrecken. Es ziemt dem Richter, auch solche Schriftstücke zu verkünden, die nach der Meinung des Erblassers letztwillige Verfügungen enthalten sollten, aber den gesetzlichen Erfordernissen, insbesondere beim Privattestament so wenig genügen, daß sie überhaupt nicht Testamente sind. Auch widerrufene, durch Fristablauf erloschene (§ 2252) und gegenstandslos gewordene Testamente (a. M. RJA 3, 69) sind zu verkünden (§ 2259 A 1). Die Verkündung besteht regelmäßig in der Verlesung der Schriftstücke, doch ist nach pflichtmäßigem Ermessen des Richters auch inhaltliche Mitteilung genügend. Sie ist wesentlicher Formalakt (§ 1944 A 4) und darf auch dann nicht unterbleiben, wenn im Termin niemand erschienen wäre (vgl. auch ZPO § 312 Abs 1) oder wenn die Erschienenen auf Verkündung verzichtet hätten (OLG 6, 179). Nur die Vorlegung, wenn sie im Termin verlangt wird (s. auch § 2264), macht die Verkündung entbehrlich. Zu irgendwelchen Erklärungen über die Echtheit des Testamentes, Annahme der Erbschaft und dergl. sind die Beteiligten nicht verpflichtet, der Richter wird im Gegenteil hiervon abzuraten haben.

4. Über die Form des **Protokolls** bestehen reichsgesetzlich keine Vorschriften. Ebensowenig ist Zuziehung eines Gerichtsschreibers vorgeschrieben. Da es sich nicht um Beurkundung eines Rechtsgeschäfts handelt, sind §§ 167 ff. FGG nicht unmittelbar maßgebend. Wesentlich ist mit Rücksicht auf § 1944 A 4 Beurkundung des Tages der Verkündung. Ausnahmsweise kann der Nachweis der Erbfolge durch Vorlegung eines öffentlichen Testaments und des Verkündungsprotokolls geführt werden, GBO § 36, FGG § 107 Abs 2. Die weitere Feststellung bezieht sich auf alle, den äußeren sowohl (§ 2246 A 3), wie auf etwaige innere Verschlüsse der Urkunden. Beanstanden die Beteiligten die Feststellung, so sind auch ihre Erklärungen zu Protokoll zu nehmen. Ist das Testament versehentlich bei Lebzeiten des Erblassers eröffnet worden, so wird selbstverständlich seine fortdauernde Gültigkeit dadurch nicht beeinträchtigt. Der Verschluß ist dann zweckmäßig unter seiner Mitwirkung wieder herzustellen. Über Eröffnung alter Testamente bestimmen die Landesgesetze. Die Kosten der Testamentseröffnung sind Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967) und im Konkurse Masseschuld (KO § 224 Nr 4). — Eröffnung gemeinschaftlicher Testamente § 2273, der Erbverträge § 2300. Ist der Erblasser nach 31. 12. 99 verstorben, so findet § 2260 auch auf früher errichtete Testamente Anwendung, EG Art. 213.

§ 2261

Hat ein anderes Gericht als das Nachlaßgericht das Testament in amtlicher Verwahrung, so l egt dem andern Gerichte die Eröffnung des Testaments ob[1]). Das Testament ist nebst einer beglaubigten Abschrift des über die Eröffnung aufgenommenen Protokolls dem Nachlaßgerichte zu übersenden; eine beglaubigte Abschrift des Testaments ist zurückzubehalten[2]).

E I 1938 Abs 2 II 2128 M 5, 307 P 5, 356, 357.

1. Das Gericht, das gemäß §§ 2246, 2248 das Testament in (besondere) amtliche Verwahrung genommen hatte, wird mit dem Nachlaßgerichte (FGG §§ 72 ff.) vielfach nicht identisch sein. Um eine Übersendung der Testamentsurschrift zu vermeiden, ist deshalb diesem **andern Gericht die Eröffnung** und zwar im vollen Umfange des § 2260 **übertragen.** Dagegen liegt die Benachrichtigung nach § 2262 lediglich dem Nachlaßgericht ob.

2. Die **Urschrift** des Testaments nebst den einen Bestandteil des Errichtungsaktes bildenden Protokollen und Anlagen (§ 2246) ist nach der Eröffnung dem — in- oder ausländischen — Nachlaßgericht zu übersenden und von diesem offen aufzubewahren. — Gemeinschaftliches Testament s. § 2273. Erbvertrag § 2300.

§ 2262

Das Nachlaßgericht hat die Beteiligten, welche bei der Eröffnung des Testaments nicht zugegen gewesen sind, von dem sie betreffenden Inhalte des Testaments in Kenntnis zu setzen[1]).

E I 1939 Abs 1 II 2129 M 5, 307, 308 P 5, 357.

1. Die **Benachrichtigung der Beteiligten** (§ 2260 A 2) liegt auch im Falle des § 2261 lediglich dem Nachlaßgericht ob. Die gesetzlichen Erben kommen nicht allgemein, sondern nur soweit in Betracht, als sie ausgeschlossen (§ 1938) oder enterbt (§ 2336) oder augenscheinlich im Pflichtteil verletzt sind. Die Beteiligten sind, soweit sie dem Nachlaßgericht und zwar nach Einziehung gehöriger Erkundigungen (**RG** 69, 274) bekannt geworden sind, sämtlich, nicht bloß „soweit tunlich" (§ 2260 A 2) in Kenntnis zu setzen, können aber auf Nachricht wirksam verzichten. Eine Form der Benachrichtigung ist nicht vorgeschrieben. Regelmäßig genügt einfache Abschrift, nach Umständen auch kurze inhaltliche Mitteilung mit dem Anheimstellen der Einsicht nach § 2264. Bekanntmachung im Wege der Rechtshilfe ist nicht ausgeschlossen. Benachrichtigung der Erbschaftssteuerämter ErbschStG v. 3. 6. 06 § 40 Nr 3. Die Kosten gehören zu den Kosten der Eröffnung, § 2260 A 4.

§ 2263

Eine Anordnung des Erblassers, durch die er verbietet, das Testament alsbald nach seinem Tode zu eröffnen, ist nichtig[1]).

E I 1938 Abs 3 II 2130 M 5, 307 P 5, 357.

1. Ebenso das Verbot der Benachrichtigung nach § 2262 (RJA 6, 117, a. M. 2, 70) oder der Einsicht nach § 2264. Besonderheiten beim gemeinschaftlichen Testament und beim Erbvertrag §§ 2273, 2300.

§ 2264

Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht[1]), ist berechtigt, von einem eröffneten Testament Einsicht zu nehmen sowie eine Abschrift des Testaments oder einzelner Teile zu fordern; die Abschrift ist auf Verlangen zu beg aub gen[2]).

E I 1939 Abs 2 II 2131 M 5, 308 P 5, 357.

1. **Rechtliches Interesse** im Gegensatz zum berechtigten Interesse FGG §§ 34, 78, 85, Glaubhaftmachung § 15 Abs 2. Ebenso § 1953 A 5 und Zit. Interessiert sind jedenfalls die Beteiligten § 2260 A 2, nach Umständen auch Nachlaßgläubiger und selbst Privatgläubiger des Erben. Wissenschaftliche, historische und dergl. Interessen können nach § 34 FGG Berücksichtigung finden.

2. Die **Einsicht** an der amtlichen Verwahrungsstelle, auch derjenigen des „andern Gerichts" (§ 2261) darf den Berechtigten nicht verweigert werden. Inwieweit das rechtliche Interesse des Betreffenden die Kenntnisnahme vom ganzen Testament oder nur von einzelnen Teilen rechtfertigt, ist unter Abwägung etwa entgegenstehender anderer rechtlicher

Interessen nach den Umständen zu entscheiden. Wem das Testament zu verkünden ist, der darf auch und zwar vom ganzen Testament Abschrift fordern (RJA 9, 79). Beschwerde nach FGG §§ 19 ff. Das Testament ist auch hier mit Einschluß der Protokolle und Anlagen verstanden (§ 2261 A 2). Für die Zwecke der § 36 GBO, § 107 Abs 2 FGG kann auch Ausfertigung des Eröffnungsprotokolls verlangt werden. Beglaubigung nach Landesrecht. Die Kosten gehen zu Lasten des betreffenden Interessenten. Recht der Erbschaftssteuerämter auf Einsicht ErbschStG v. 3. 6. 06 § 40. — Auch dem Erblasser selbst kann das Recht auf Einsicht in das nach §§ 2246, 2248 in besondere Verwahrung genommene Testament im Falle der Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses nicht versagt werden. Da § 2246 nur Ordnungsvorschrift ist, so muß genügen, wenn der geöffnete Verschluß nur unter Mitwirkung des Erblassers wiederhergestellt und hierüber ein Vermerk gemacht wird (OLG 9, 411).

Achter Titel

Gemeinschaftliches Testament

§ 2265

Ein gemeinschaftliches Testament[1]) kann nur von Ehegatten errichtet werden[2]).

E I 1913 II 2132 M 5, 253—257 P 5, 424—427.

1. **Das Testament ist gemeinschaftlich** (t. mere simultaneum), wenn zwei Erblasser und zwar regelmäßig gleichzeitig in einem und demselben Errichtungsakte sowie (RG 72, 204) unter Herstellung einer einheitlichen Testamentsurkunde letztwillige Verfügungen treffen. Es ist gegenseitig (t. reciprocum), wenn sich beide darin gegenseitig oder einer um des andern willen einen Dritten bedenken. Es ist gegenseitig in dem engeren Sinne des § 2270 (t. correspectivum), wenn nach dem Willen beider Erblasser die Wirksamkeit der Verfügungen der einen Seite von der Wirksamkeit der gegnerischen Verfügungen abhängig sein soll. In allen Fällen sind die beiderseitigen Verfügungen grundsätzlich einseitig und abgesehen von dem besondern Falle des § 2271 Abs 2 frei widerruflich. Umgekehrt haben sich mit Abschluß des Erbvertrags beide Erblasser oder der Erblasser und ein Dritter gegenseitig gebunden und dürfen nur in den besondern Fällen der §§ 2293 ff. hiervon einseitig zurücktreten. Das gem. Testament kann in allen vom Gesetz zur Verfügung gestellten ordentlichen und außerordentlichen **Formen** (§§ 2231—2251) errichtet werden. Besonderheiten beim Gemeindetestament § 2266, beim Privattestament § 2267. Bezüglich der Testierfähigkeit gelten die allgemeinen Vorschriften (§ 2229 A 1—4, anders beim Erbvertrag § 2275). Aus der Notwendigkeit gleichzeitiger und einheitlicher Errichtung folgt, daß sich beide Erblasser derselben Testamentsform bedienen müssen, daß z. B. nicht der eine vor dem Richter oder Gemeindevorsteher, der andere privatschriftlich testieren kann. Beim öffentlichen Testament (§§ 2238, 2249) können beide Teile ihren letzten Willen gemeinschaftlich mündlich erklären oder eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergeben, daß die Schrift ihren gemeinschaftlichen letzten Willen enthalte. Der letzte Wille kann auch von dem einen Teile in dieser, vom andern in jener Form erklärt werden. Dagegen ist unzulässig, daß ein Teil den letzten Willen zu Protokoll erklärt, während der stumme oder am Sprechen verhinderte andere Teil eine dem § 2243 A 2 entsprechende schriftliche Erklärung übergibt, daß dieses Protokoll auch seinen letzten Willen enthalte (a. M. Strohal § 43 A 8). Die Bezugnahme auf das Protokoll könnte die in § 2243 geforderte Übergabe einer eigenen Testamentsschrift nicht ersetzen. Ist ferner der eine Teil, weil er minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, auf mündliche Erklärung des letzten Willens zu Protokoll beschränkt (§§ 2238 Abs 2, 2247), so muß sich notwendig auch der andere Teil dieser Erklärungsform bedienen, da seine schriftliche Erklärung dem leseunkundigen Partner überhaupt nicht, dem minderjährigen wenigstens nach der Annahme des Gesetzes nicht verständlich sein würde. Ist ein Teil an der schriftlichen, der andere an der mündlichen Erklärung verhindert, so können sie gemeinschaftlich überhaupt nicht testieren.

2. **Nur Ehegatten** in stehender Ehe können gemeinschaftlich testieren. Nicht Verlobte, denen jedoch der Erbvertrag offen steht (§§ 2275 Abs 3, 2276 Abs 2) und nicht Ehegatten, deren eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist (§§ 1586, 1587). Unwirksamkeit des Testaments im Falle der Nichtigkeit oder Auflösung der Ehe § 2268. Besondere Vorschrift für die allgemeine Gütergemeinschaft § 1516 Abs 3. Das von Nichtehegatten gemeinschaftlich errichtete Testament ist nichtig, wenn die mehrfachen Verfügungen nicht jede für sich den Formerfordernissen des Gesetzes genügen und deshalb als mehrere selbständige Testamente aufrecht zu erhalten sind (vgl. aber RJA 9, 12).

§ 2266

Ein gemeinschaftliches Testament kann nach § 2249 auch dann errichtet werden, wenn die Voraussetzung des § 2249 nur auf seiten eines der Ehegatten vorliegt[1]).

E II 2133 P 5, 428, 429.

1. Das gemeinschaftliche **Gemeindetestament** nach § 2249 ist zulässig, wenn auch nur bezüglich eines Ehegatten Gefahr im Verzug obwaltet. Beim Seuchen- und Seetestament (§§ 2250, 2251) liegt in der Natur der Sache, daß die dort aufgestellten Erfordernisse immer für beide gleichzeitig testierende Erblasser zutreffen. Bezüglich der Gültigkeitsdauer und des Fristenlaufs nach § 2252 gilt das gem. Testament für jeden Gatten als selbständiges Testament.

§ 2267

Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nach § 2231 Nr 2 genügt es[1]), wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die Erklärung beifügt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle[2]). Die Erklärung muß unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden[3]).

E II 2134 P 5, 425—429.

1. Beim **gemeinschaftlichen Privattestament** entspricht der Regel des § 2231 Nr 2, daß beide Ehegatten ihre letztwilligen Erklärungen, jeder die seine, eigenhändig niederschreiben, datieren und unterschreiben, und die Gemeinschaftlichkeit des Testaments durch gegenseitige Bezugnahme im Texte oder durch räumliche Verbindung beider Urkunden (Niederschrift auf demselben Bogen, Zusammenheften, Vereinigung in einem Umschlag 2c.) herstellen. Diese Art der Errichtung ist durch § 2267, der die Form nur erleichtern will („genügt es") nicht ausgeschlossen. Gleichzeitigkeit der Errichtung ist dabei nicht erforderlich, ebensowenig Identität des Errichtungsortes. Dagegen **RG** 72, 204, wonach die Herstellung einer einzigen Urkunde wesentlich ist.

2. Die **Formerleichterung** besteht darin, daß sich das Gesetz mit einmaliger eigenhändiger Niederschrift des Testamentsinhalts bloß durch einen Ehegatten begnügt und vom andern Teil nur die der Niederschrift beizufügende Erklärung verlangt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle. Daß sie auf derselben Urkunde niedergeschrieben sei, wird vom Gesetze nicht verlangt; es genügt, wenn die Bezugnahme auf das Testament unzweideutig zum Ausdruck kommt (a. M. **RG** 72, 204, Strohal § 43 A 14). Der Gebrauch der Gesetzesworte ist nicht wesentlich. Der Vermerk: „einverstanden, genehmigt" kann genügen, wenn der Testamentstext selbst schon die Gemeinschaftlichkeit der Verfügungen andeutet, insbesondere beide Ehegatten als redend aufführt („Wir bestimmen"). Die bloße Mitunterschrift kann jedoch die von dem andern Ehegatten „beizufügende Erklärung" auch in diesem Falle nicht ersetzen. Das von dem zuerst testierenden Ehegatten niedergeschriebene Testament ist in der durch § 2231 Nr 2 vorgeschriebenen Form erst dann errichtet, wenn es mit Datum und Unterschrift versehen ist. Die Erklärung des andern Ehegatten ist deshalb unwirksam, wenn sie vor Abschluß des Testaments, insbesondere wenn sie unter einem früheren Datum als demjenigen des Testaments erfolgt. Dagegen ist auch hier (wie A 1) nicht wesentlich, daß sie gerade an demselben Orte und Tage abgegeben wird. Sie kann vielmehr, wenn nur sonst das Merkmal der Gemeinschaftlichkeit erhellt, sowohl örtlich als zeitlich nachfolgen, muß auch nicht notwendig unter dem vorhergehenden Testament ihren Platz finden. A. M. **RG** a. a. O.

3. **Eigenhändigkeit** ist sowohl für die Erklärung als für das Datum und die Unterschrift — die durch Aufführung des Namens im Text der Erklärung nicht ersetzt wird — erforderlich. Das gem. Privattestament muß also auch in der erleichterten Form jedenfalls zwei eigenhändige Angaben des Ortes und Tages enthalten. Im übrigen gilt bezüglich des wahrheitsgetreuen Datums und der sonstigen Erfordernisse das § 2231 A 3 Gesagte. Etwaige Zusätze und Änderungen müssen gleichfalls den Mindesterfordernissen des § 2267 genügen. Formfehler in der Niederschrift, Datierung und Unterschrift des vorangehenden Testaments machen das gem. Testament in vollem Umfange, Fehler der Nachschrift regelmäßig nur diese Nachschrift nichtig, wenn sich nicht aus § 2270 Abs 1 auch in diesem Falle Nichtigkeit des ganzen Testaments ergibt. Das gem. Privattestament ist ausgeschlossen, wenn auch nur ein Teil minderjährig oder lesensunvermögend ist (§ 2247).

§ 2268

Ein gemeinschaftliches Testament ist in den Fällen des § 2077 seinem ganzen Inhalte nach unwirksam[1]).

Wird die Ehe vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst oder liegen die Voraussetzungen des § 2077 Abs. 1 Satz 2 vor[2]), so bleiben die Verfügungen insoweit wirksam, als anzunehmen ist, daß sie auch für diesen Fall getroffen sein würden[3]).

E II 2135 P 5, 446—448.

1. Die Regel des Abs 1: völlige Unwirksamkeit aller in dem gem. Testamente getroffener Verfügungen, gleichviel ob sie korrespektiver Natur sind oder überhaupt nicht miteinander in Verbindung stehen, greift nur durch, wenn die Ehe nach §§ 1323—1328 von vornherein oder nach § 1343 Abs 1 infolge wirksamer Anfechtung **nichtig** ist. Im übrigen wird sie durch die Ausnahmebestimmung des Abs 2 durchbrochen.

2. Im Falle der **Auflösung der Ehe** vor dem Tode durch Scheidung, Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, Wiederverheiratung nach vorausgegangener Todeserklärung oder auch nur der **Erhebung begründeter Scheidungsklage** wegen Verschuldens des andern Ehegatten (§ 2077 Abs 1 Satz 2) ist zuzusehen, ob die Verfügungen eines jeden der beiden Erblasser nach seinem zu ermittelnden Willen auch für diesen Fall Geltung behalten sollten (so auch § 2077 Abs 3). Insoweit bleiben sie bei Kräften. Diese Annahme ist bei korrespektiven Verfügungen im Sinne von § 2270 Abs 1 und 2 regelmäßig ausgeschlossen, wird aber bei andern mit dem ehelichen Verhältnis der Erblasser nicht im Zusammenhang stehenden Verfügungen regelmäßig begründet sein. Sind sie einmal unwirksam geworden, so lebt das gem. Testament auch durch Wiederverheiratung der Ehegatten oder durch Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1587) nicht wieder auf. Dasselbe hat auch zu gelten, wenn der mit begründeter Scheidungsklage verfolgte Ehegatte vor dem klagenden Teile verstirbt. Auch in diesem Falle bleiben insbesondere die korrespektiven Verfügungen beider Teile, wiewohl unbeschadet des gesetzlichen Erbrechts des überlebenden Ehegatten unwirksam (a. M. Strohal § 43 A 23; Dernburg V § 91 A 2; Staudinger A 1). Handelt es sich in Wahrheit um zwei selbständige Testamente der Ehegatten, so bleibt lediglich § 2077 anwendbar. Bezüglich des Erbvertrags s. § 2279 Abs 2. — Die Beweislast trifft denjenigen, welcher fortdauernde Gültigkeit der gemeinschaftlichen Verfügungen behauptet.

§ 2269

Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll[1]), so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist[2]).

Haben die Ehegatten in einem solchen Testament ein Vermächtnis angeordnet, das nach dem Tode des Überlebenden erfüllt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß das Vermächtnis dem Bedachten erst mit dem Tode des Überlebenden anfallen soll[3]).

E II 2136 P 5, 406, 407, 459.

1. Vorausgesetzt ist ein mindestens reziprokes, wenn auch nicht notwendig korrespektives Testament (§ 2265 A 1), in dem sich die **Ehegatten gegenseitig** jeder den andern als alleinigen Erben des Zuerstversterbenden — nicht auch andere Personen neben dem Überlebenden — **einsetzen** (RG 22. 11. 06 IV 186/06). Der **Dritte** (oder mehrere Dritte) muß ferner erst nach dem Tode des Überlebenden, nicht schon für den Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses (§ 2104), und zwar auf den beiderseitigen Nachlaß als Erbe berufen sein (sogen. Berliner Testament).

2. In diesen Fällen ist denkbar, jeder Ehegatte habe den Dritten auf den eignen Nachlaß sowohl als Ersatzerben an Stelle des zunächst eingesetzten (aber zuerststerbenden) andern Ehegatten, wie auch als Nacherben nach dem zuletztsterbenden, zuvor aber Erbe, d. h. Vorerbe gewordenen Teile berufen wollen. Die Erbfolge des Dritten käme mithin beim ersten Erbfall als bloße Ersatzerbfolge überhaupt nicht in Betracht. Dagegen würde er im zweiten Erbfalle den Nachlaß des Überlebenden als dessen (für den Zuerstverstorbenen) berufener Ersatzerbe, und zugleich den Nachlaß des Zuerstverstorbenen als dessen Nacherbe erben. Das Gesetz behandelt diese Gestaltung der Erbfolge als zulässig, stellt aber eine **Auslegungsregel** auf („im Zweifel"), die denjenigen beweispflichtig macht, welcher einen so gemeinten Willen der Erblasser behauptet (RG 60, 117). Vielmehr wird, wenn begründete, auf anderm Wege nicht zu lösende Zweifel bestehen bleiben (RG 59, 85), der „beiderseitige Nachlaß" als einheitlicher, als „gesamter Nachlaß" behandelt. Die Einzelvermögen beider

Ehegatten, das ererbte wie das eigene, verschmelzen in der Hand des überlebenden Teils zu einem Vermögen. Nur auf dieses einheitliche Vermögen gilt der Dritte, und zwar als gewöhnlicher Erbe des Überlebenden, als berufen. Daraus folgt, daß dem Dritten mit dem Tode des Zuerststerbenden im Gegensatz zu § 2108 Abs 2 noch keinerlei vererbliche oder veräußerliche Rechte erwachsen, daß eine ihm gemachte Zuwendung vorbehältlich des § 2069 hinfällig wird, wenn er vor dem Überlebenden verstirbt, und daß formell nur der Überlebende als Erblasser in Betracht kommt. Dies schließt zwar nicht aus, bei Auslegung des Testaments, insbesondere der von dem Zuerstverstorbenen bezüglich seiner Verwandten und Abkömmlinge getroffenen Anordnungen (§§ 2066—2069), auch diesen als Erblasser zu behandeln. Sind jedoch mehrere Dritte, insbesondere Verwandte beider Erblasser ohne Bestimmung von Anteilen bedacht, so haben sie vermöge der Einheitlichkeit des Nachlasses im Zweifel als gleichmäßig, d. h. ohne Unterschied auf die Herkunft des Vermögens als sämtlich auf den ungetrennten Nachlaß berufen zu gelten. Sind sie am Nachlasse des Zuerstverstorbenen pflichtteilsberechtigt, so sind sie nach dem ersten Erbfall nicht gehindert, den Pflichtteil geltend zu machen (RG 30. 6. 04 IV 516/03). Sie sind auch, weil auf diesen Nachlaß überhaupt nicht als Erben berufen, zu einer Ausschlagung gemäß § 2306 Abs 1 Satz 2 nicht genötigt (a. M. Dernburg V § 94 A 3). Vielmehr bleiben sie trotz Abforderung des Pflichtteils nach dem zweiten Erbfall auf den gesamten Nachlaß erbberechtigt. Dagegen ist Sache der Auslegung, ob sie nach dem Willen der Erblasser, der auch stillschweigend erklärt sein kann, zur Anrechnung des empfangenen Pflichtteils auf den demnächstigen Erbteil verpflichtet sein sollen. Der Überlebende beerbt den Zuerstverstorbenen nur als gewöhnlicher Erbe, ist deshalb bei Lebzeiten von den dem Vorerben obliegenden Verfügungsbeschränkungen (§§ 2112 ff.) befreit und darf im Falle des § 2270 die Verfügungen des gem. Testaments nur nicht durch böswillige Schenkungen vereiteln (RG 58, 65).

3. Als Folge des in Abs 1 aufgestellten Satzes, wonach die Anordnungen des gemeinschaftlichen Testaments im Zweifel den beiderseitigen, beim Tode des Überlebenden vorhandenen Gesamtnachlaß zum Gegenstand haben, ergibt sich, daß im Zweifel auch eine **Vermächtnisanordnung** erst mit diesem Zeitpunkte wirksam wird. Der Bedachte muß deshalb den Tod beider Ehegatten erlebt haben (§ 2160), die Vermächtnisforderung kommt jetzt erst zur Entstehung (§ 2176), vor dem Tode des Überlebenden stehen ihm, da es sich nicht um einen Fall des § 2177 handelt, auch nicht die Rechte des § 2179 zu. Auch hier handelt es sich jedoch nur um eine Auslegungsregel, der Bedachte kann ihr gegenüber den Nachweis führen, daß ihm das Vermächtnis nach dem Willen der Erblasser schon beim Tode des Zuerststerbenden anfallen sollte. — Ist ein Ehegatte vor, der andere nach dem 1. 1. 00 gestorben, so kommt § 2269 nicht in Frage, die Wirkungen des gemeinschaftlichen Testaments sind vielmehr nach älterem Recht zu beurteilen (RG 30. 6. 04 IV 516/03). — Entsprechende Anwendung beim Erbvertrag § 2280.

§ 2270

Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des andern getroffen sein würde[1]), so hat die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der andern zur Folge[2]).

Ein solches Verhältnis der Verfügungen zu einander ist im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken[3]) oder wenn dem einen Ehegatten von dem andern eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem andern Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht[4]).

Auf andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen findet die Vorschrift des Abs. 1 keine Anwendung[5]).

E II 2137 P 5, 448—459; 6, 397.

1. Als **korrespektive Verfügungen** kommen nach Abs 3 nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen in Betracht. Die Fälle des Abs 2 sind nicht erschöpfend. Korrespektivität liegt immer vor, wenn zwischen beiden Verfügungen „Zusammenhang des Motivs" besteht (Prot 5, 451), d. h. wenn der Umstand, daß ein Ehegatte in gewisser Weise verfügt, den andern Ehegatten dazu bestimmt oder mitbestimmt, auch seinerseits eine gewisse Verfügung zu treffen. Dieser Zusammenhang wird zwischen gleichlautenden Verfügungen meist ohne weiteres gegeben sein, z. B. Erbeinsetzung desselben Dritten, auch ohne daß sich die Ehe-

gatten zuvor gegenseitig bedenken (§ 2269), vielleicht weil sie insoweit der gesetzlichen Erbfolge nach § 1931 Abs 2 freien Lauf lassen wollen. Er kann auch bei verschiedenartigen Verfügungen vorliegen, z. B. wenn ein Ehegatte seinen Nachlaß nur seinen Verwandten — nicht an Fremde oder einen bestimmten Fremden — zuwendet, weil auch der andere Ehegatte nur seine Verwandten — keine Fremden, keinen bestimmten Fremden bedenkt, oder wenn er sich mit einer Auflage beschweren läßt, weil er auch seinerseits dem andern Teil eine Auflage macht. Dagegen ist das Korrespektivitätsverhältnis regelmäßig als verneint anzusehen, wenn ein Erblasser dem andern ausdrücklich gestattet, spätere abweichende Verfügungen zu treffen. Voraussetzung ist, daß die Verfügungen **in einem gemeinschaftlichen Testamente** ausgesprochen sind. Stehen die in getrennten Testamenten getroffenen Verfügungen zweier Erblasser, die nicht Ehegatten zu sein brauchen, in dem hier angenommenen gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis, so kann, wenn eine von ihnen unwirksam geworden ist, die andere geeignetenfalls wegen Irrtums im Beweggrunde angefochten werden (§ 2078 Abs 2).

2. **Nichtigkeit** wegen eines materiellen oder formellen Mangels, sei es, daß sie von Anfang an vorliegt oder als Erfolg der Anfechtung eintritt (§ 142 Abs 1). **Widerruf** § 2271 A 1. In beiden Fällen tritt die **Unwirksamkeit der andern Verfügung** unmittelbar kraft Gesetzes ein. Es ist deshalb gleichgültig, ob der andere Teil die Nichtigkeit oder den Widerruf gekannt, oder dem Widerruf sogar zugestimmt hat. Die Unwirksamkeit beschränkt sich jedoch auf denjenigen Teil der andern Verfügung, welcher mit der nichtigen oder widerrufenen Verfügung im Verhältnis der Korrespektivität gestanden hatte. Ob die so beschränkte Unwirksamkeit demnächst auch Unwirksamkeit der sonstigen Verfügungen des andern Teils zur Folge hat, ist nach § 2085 zu beurteilen. Ist die Verfügung des einen Ehegatten aus andern Gründen als wegen Nichtigkeit oder Widerrufs unwirksam, z. B. infolge Ausschlagung des von ihm eingesetzten Erben, so bleibt die Wirksamkeit der andern Verfügung hiervon unberührt (a. M. Dernburg V § 93 VI, 4), wenn sie nicht als durch Verwirklichuug der erledigten Verfügung bedingt zu gelten hat. Darüber, ob und inwieweit auch teilweiser Widerruf der einen Verfügung (Herabsetzung eines Vermächtnisses) die Unwirksamkeit der andern Verfügung nach sich zieht, ist nach dem zu ermittelnden Willen der Erblasser zu entscheiden.

3. Auch für die in Abs 2 hervorgehobenen hauptsächlichsten Fälle stellt das Gesetz nur die **Auslegungsregel** auf, daß die Korrespektivität „im Zweifel" gewollt sei. Danach ist für gegenseitige Unabhängigkeit der Verfügungen beweispflichtig, wer im Falle der Nichtigkeit oder des Widerrufs der einen die fortdauernde Gültigkeit der andern Verfügung behauptet. Die Ehegatten können sich **gegenseitig bedenken** nur durch Erbeinsetzungen oder Vermächtnisse. Eine Auflage (§ 1940), die dem andern Teil bloß zugute kommt, genügt nicht. Doch steht der Erbeinsetzung gleich und ist als Zuwendung aufzufassen, wenn die Ehegatten im Testamente der gegenseitigen gesetzlichen Erbfolge (§ 1931) auch nur stillschweigend freien Lauf lassen.

4. Die Ehegatten bedenken sich nicht gegenseitig. Der Mann A macht vielmehr seiner Frau B nur eine **einseitige Zuwendung.** Er erlangt aber (gewissermaßen als Gegenleistung hierfür), daß im gemeinschaftlichen Testamente Verfügungen zugunsten seiner, des A **Verwandten** oder dem A **sonst nahestehender Personen** getroffen werden, die nach dem Tode der bedachten Frau B in Kraft treten. Regelmäßig werden derartige Verfügungen von dem andern als überlebend angenommenen Teile (der B) herrühren. Das Gesetz trifft aber auch den Fall, daß nur der A seine eigenen Verwandten 2c. im Testamente bedenkt und sich damit begnügt, daß die B nach seinem Tode gemäß § 2271 Abs 2 an diese seine Verfügungen gebunden bleibt (s. jedoch RG JW 09, 52[18]). Freilich wird in diesem letzteren Fall ein Interesse des Erblassers A an den Verfügungen der B (die, wie hier vorausgesetzt ist, weder ihm noch seinen Verwandten usw. zugute kommen) kaum vorhanden, und die gesetzliche Vermutung der Korrespektivität leicht zu widerlegen sein. — Verwandtschaft § 1589. Nahestehende Personen, Verschwägerte, Freunde, Hausgenossen usw.

5. **Andere Verfügungen,** wie familienrechtliche Anordnungen (Vorbem vor § 2064), Ausschließung (§ 1938), Entziehung des Pflichtteils (§ 2336), Teilungsanordnungen (§ 2048), Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§ 2197), werden ipso jure (A 2) auch dann nicht unwirksam, wenn sie mit der nichtigen oder widerrufenen Verfügung im Korrespektivitätsverhältnis stehen. Dagegen ist ihre Anfechtung aus § 2078 nicht ausgeschlossen. — Entsprechend dem § 2270 beim Erbvertrag § 2298.

§ 2271

Der Widerruf einer Verfügung, die mit einer Verfügung des andern Ehegatten in dem im § 2270 bezeichneten Verhältnisse steht, erfolgt bei Leb-

zeiten der Ehegatten nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrage geltenden Vorschriften des § 2296[1]). Durch eine neue Verfügung von Todes wegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des andern seine Verfügung nicht einseitig aufheben[2]).

Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tode des andern Ehegatten[3]); der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt[4]). Auch nach der Annahme der Zuwendung ist der Überlebende zur Aufhebung nach Maßgabe des § 2294 und des § 2336 berechtigt[5]).

Ist ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling der Ehegatten oder eines der Ehegatten bedacht, so findet die Vorschrift des § 2289 Abs. 2 entsprechende Anwendung[6]).

E II 2138 P 5, 451—458.

1. Widerruf. Von selbst versteht sich, daß die Ehegatten gemeinschaftlich jederzeit das gem. Testament in allen Formen der §§ 2253—2258 widerrufen können. Nach § 2289 kann dies auch durch Erbvertrag geschehen. § 2271 hat nur den einseitigen Widerruf eines Ehegatten im Auge. Auch dieser ist unbeschränkt zulässig in allen Formen, auch durch Streichung der eigenen Niederschrift gemäß § 2255 (a. M. Planck § 2272 A 3), jedoch mit Ausnahme des § 2256 (vgl. § 2272), soweit es sich um nicht korrespektive Verfügungen des gem. Testaments, insbesondere um andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen handelt (§ 2270 Abs 3). Und selbst die korrespektiven Verfügungen sind bis zum Tode des Zuerstversterbenden für jeden Teil frei widerruflich, der Widerruf ist jedoch neben dem Erfordernis mindestens beschränkter Geschäftsfähigkeit an die Formvorschrift des § 2296 gebunden: persönlich abgegebene und gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem andern Ehegatten. Hat der widerrufende Teil alles getan, was von seiner Seite geschehen muß, damit die Erklärung an den andern Teil gelangt, so bleibt der Widerruf wirksam, auch wenn er erst nach dem Tode des Widerrufenden dem andern Ehegatten zugeht (RG 65, 270). Der einseitige Widerruf der korrespektiven Verfügung ist deshalb unwirksam (s. jedoch A 4), wenn er erklärt wird durch Testament (§ 2254), durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde (§ 2255), durch eine trotz § 2272 etwa doch erfolgte einseitige Rücknahme aus amtlicher Verwahrung (§ 2256) oder durch Errichtung eines neuen widersprechenden Testaments (§ 2258 und A 2). Anderseits können in der Form des § 2296 auch nur die korrespektiven, nicht auch die sonstigen Verfügungen des gem. Testaments widerrufen werden. Der Ehegatte, der sowohl korrespektive als nicht korrespektive Verfügungen einseitig widerrufen will, muß sich deshalb sowohl der Form des § 2296 als auch einer der Formen der §§ 2253—2258 bedienen. Wirkung des Widerrufs § 2270 A 2. Der formgerecht erklärte Widerruf ist selbst unwiderruflich, § 2257 kann nicht in Frage kommen. Er hat zur Folge, daß die neuerrichtete widersprechende letztwillige Verfügung mit dem Widerruf nunmehr Gültigkeit erlangt (RG 65, 275).

2. Satz 2 bestätigt die Regel des Satz 1 auch für den Fall des § 2258, der eine förmliche Widerrufserklärung nicht voraussetzt. Er bezieht sich deshalb gleichfalls nur auf korrespektive Verfügungen. Davon abgesehen verbleibt beiden Ehegatten die unbeschränkte Testierfreiheit. Gemeinsam können sie auch das korrespektive Testament durch ein neues Testament beseitigen (A 1). Dagegen reicht die Zustimmung des einen Teils zu dem einseitigen Testament des andern Ehegatten hierzu nicht aus.

3. Mit dem Tode des andern Ehegatten tritt diejenige **Gebundenheit des Überlebenden** an die im gem. Testament sowohl von dem Zuerstverstorbenen als von ihm selbst getroffenen Verfügungen ein, die beim Erbvertrag von vornherein besteht (§ 2278 A 1) und in § 2298 Abs 2 auch für den Fall aufrecht erhalten wird, daß von dem Vorbehalte des Rücktritts bei Lebzeiten der Vertragschließenden kein Gebrauch gemacht worden ist. Diese Gebundenheit hat zur Folge, daß der Überlebende, soweit ihm die korrespektiven Verfügungen des gem. Testaments entgegenstehen, von Todes wegen — außer im Rahmen des Satz 2 und Abs 3 — überhaupt nicht wirksam verfügen kann. Damit ist zugleich ausgeschlossen, daß er die Verfügungen zwar formell bestehen läßt, sie aber durch Hinzufügung von Beschränkungen und Beschwerungen wesentlich abändert.

4. Die Gebundenheit des Überlebenden tritt ipso jure mit dem Tode des Zuerststerbenden ein, nicht erst mit Annahme der ihm etwa gemachten Zuwendung und selbst wenn er überhaupt nicht bedacht wäre. Der Überlebende wird von selbst befreit, wenn sich die ihm

auferlegte Zuwendung durch Wegfall des Bedachten erledigt. Er kann sich aber auch **von der Gebundenheit befreien** dadurch, daß er das ihm Zugewendete ausschlägt u n d seine Verfügung aufhebt. Die bloße Ausschlagung macht die Verfügungen des gem. Testaments noch nicht hinfällig. Das Gesetz erfordert jedoch nicht, daß die Ausschlagung der Aufhebung der Verfügung vorangehe. Der vom Überlebenden schon bei Lebzeiten des andern Ehegatten in den Formen der §§ 2254—2256 erklärte und deshalb an sich unwirksame Widerruf (vgl. A 1), insbesondere ein den korrespektiven Verfügungen widersprechendes Testament (§ 2258) erlangt deshalb nach dem Tode des Zuerstverstorbenen volle Wirksamkeit, sobald die Ausschlagung des Überlebenden hinzutritt (vgl. auch RG 65, 275). Die **Aufhebung der Verfügung** begreift den eigentlichen Widerruf (§§ 2254—2256) und die Errichtung eines neuen widersprechenden Testamentes (§ 2258) in sich. Sie setzt Testierfähigkeit des Überlebenden voraus, ist mithin ausgeschlossen, wenn er geschäftsunfähig geworden ist (§ 104); s. jedoch § 2253 A 2. In diesem Falle bleibt nur Anfechtung des gem. Testaments aus § 2078 Abs 2 möglich. Gegenstand der Aufhebung ist unmittelbar nur die e i g e n e vom Überlebenden getroffene oder mitgetroffene Verfügung. Sie hat aber gemäß § 2270 Abs 1 ohne weiteres auch Unwirksamkeit der vom andern Teil getroffenen (korrespektiven) Verfügungen zur Folge. Die **Ausschlagung des Zugewendeten** setzt voraus, daß der Überlebende im gem. Testamente vom Zuerstverstorbenen als Erbe oder Vermächtnisnehmer bedacht ist. Dem ist der Fall gleichzustellen, daß beide Ehegatten zwar nur an Dritte Zuwendungen gemacht, im Verhältnis zueinander aber der gesetzlichen Erbfolge bewußt freien Lauf gelassen haben (§ 2270 A 1). Dann befreit sich der Überlebende durch Ausschlagung des ihm anfallenden gesetzlichen Erbteils. Empfinge der Überlebende aus dem Nachlasse des Zuerstversterbenden überhaupt nichts, hätte er sich aber gleichwohl korrespektiv gebunden (z. B. wenn er im Falle des § 2270 A 4 der Überlebende wäre), so könnte er nichts ausschlagen und deshalb auch nicht wirksam widerrufen. Anfechtung der Annahme und Ausschlagung §§ 1954—1956. Hatte der Überlebende die Verfügung aufgehoben, ist er aber vor Ablauf der Ausschlagungsfrist verstorben, so vererbt sich zwar gemäß §§ 1952, 2180 Abs 3 das Ausschlagungsrecht auf seine Erben. Ihre Ausschlagung kann aber die Gebundenheit des Überlebenden nicht mehr beseitigen, wenn sie ihr Erbrecht, wie die Regel bildet, selbst erst aus dem korrespektiven Testamente herleiten. Denn die Ausschlagung wirkt gemäß §§ 1953 Abs 1, 2180 Abs 3 auf die Zeit des ersten Erbfalls zurück, ihr Erbrecht und somit auch das Ausschlagungsrecht hätte mithin als von Anfang an nicht vorhanden gewesen zu gelten. Fällt dagegen der Nachlaß des Überlebenden an seine gesetzlichen Erben, und schlagen diese die darin einbegriffene Erbschaft des Zuerstverstorbenen aus, so sind nunmehr alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, um die Gebundenheit zu beseitigen (z. T. a. M. Planck A IV, 1, a und Strohal § 43a A 28 ff.). Keinesfalls kann jedoch die Ausschlagung des Zugewendeten durch den in einem neuen widersprechenden Testamente eingesetzten Erben diesen Erfolg haben. Auch nach Annahme der Zuwendung bleibt der Überlebende oder seine Erben berechtigt, die Verfügungen des Zuerstverstorbenen aus den allgemeinen Gründen der §§ 2078 ff. anzufechten, damit deren Nichtigkeit und als Folge hiervon (§ 2270 Abs 1) auch die Unwirksamkeit der eigenen Verfügungen herbeizuführen (so auch beim Erbvertrag § 2281).

5. Der Überlebende darf nach § 2294 auch **nach Annahme der** ihm selbst im gem. Testamente gemachten **Zuwendung** seine zugunsten eines Dritten gereichende korrespektive Verfügung aufheben, wenn sich der Bedachte gegen einen der beiden Erblasser einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die zur E n t z i e h u n g d e s P f l i c h t t e i l s berechtigen würde. Nach § 2336 kann er dem bloß noch pflichtteilsberechtigten Dritten gegebenenfalls auch diesen Pflichtteil entziehen. Die Gültigkeit der dem Überlebenden selbst gemachten Zuwendung bleibt hiervon, wie auch im Falle des Abs 3, unberührt.

6. § 2289 Abs 2. **Enterbung in guter Absicht** unter den in § 2338 aufgestellten Voraussetzungen. Sie ist sowohl bei Lebzeiten beider Ehegatten, als nach dem Tode des Zuerstverstorbenen zulässig.—Der Überlebende darf, wenn er nicht als Vorerbe eingesetzt ist, u n t e r L e b e n d e n über das von dem Zuerstverstorbenen ihm Zugewendete wie über sein eigenes Vermögen frei verfügen, nur bösliche Schenkungen sind ihm untersagt (RG 58, 64). Entstehen z. B. im Falle der Wiederverheiratung des Überlebenden auf dessen Nachlaß P f l i c h t t e i l s b e r e c h t i g t e, so können sie das gem. Testament gemäß § 2079 in seinen korrespektiven Verfügungen jedenfalls insoweit anfechten, daß ihnen der gesetzliche Erbteil am Nachlaß des Überlebenden zukommt. Regelmäßig wird dann infolge Zusammenbruchs aller korrespektiven Verfügungen die gesetzliche Erbfolge nachträglich auch in den Nachlaß des Zuerstverstorbenen Platz greifen. Auch der Überlebende selbst ist in diesem Falle trotz Annahme der Erbschaft auf Grund § 2078 Abs 2 anfechtungsberechtigt. Fällt der erste Erbfall in die Zeit vor 1. 1. 00, so ist die Frage der Gebundenheit des überlebenden Teils ausschließlich nach älterem Recht zu beurteilen (RG 63, 120).

§ 2272

Ein gemeinschaftliches Testament kann nach § 2256 nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden[1]**.**

E II 2139 P 5, 459.

1. Die Vorschrift bezieht sich auf **Rücknahme** sowohl des öffentlichen als des nach § 2248 hinterlegten Privattestaments, obwohl diese Rücknahme keine Widerrufungswirkung hat. Nach dem Tode des Zuerstverstorbenen kann mithin das gem. Testament überhaupt nicht mehr ausgehändigt werden. Durch eine trotz § 2272 geschehene Rückgabe an einen Ehegatten wird die Gültigkeit des Testaments nicht beeinträchtigt. — Widerruf gemäß § 2255 s. dort und § 2271 A 1.

§ 2273

Bei der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments sind die Verfügungen des überlebenden Ehegatten, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen[1]**. Von den Verfügungen des verstorbenen Ehegatten ist eine beglaubigte Abschrift anzufertigen**[2]**. Das Testament ist wieder zu verschließen und in die besondere amtliche Verwahrung zurückzubringen**[3]**.**

E II 2140 P 5, 424, 459.

1. Für **Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments** gelten, soweit § 2273 nicht anders bestimmt, die allgemeinen Vorschriften der §§ 2260—2264. Sie erfolgt nach dem Tode des Zuerstverstorbenen, beschränkt sich aber grundsätzlich auf die von diesem getroffenen Verfügungen. Voraussetzung ist, daß die beiderseitigen Verfügungen **sich sondern lassen.** Dies ist der Fall, soweit sie in selbständigen, auch äußerlich auseinander gehaltenen Sätzen enthalten sind, dagegen regelmäßig ausgeschlossen, soweit die Ehegatten in der Pluralform gemeinschaftlich verfügen oder ausdrücklich auf Verfügungen des andern Teils bezug nehmen. In Zweifelsfällen sind beide Verfügungen zu verkünden. Jedenfalls erstreckt sich die Verkündungspflicht des Richters auf alle von dem betreffenden Erblasser herrührenden oder mitherrührenden Verfügungen, einerlei ob er sie für noch wirksam oder für gegenstandslos geworden erachtet (a. M. KGJ 35 A 109). Er hat deshalb die von dem Erstverstorbenen für den eigenen Überlebensfall getroffenen Verfügungen selbst dann zu verkünden, wenn sie zugleich nicht sonderungsfähige Verfügungen des Überlebenden enthalten (a. M. RJA 1, 45; KG 16, 56; OLG 11, 250). Wollen die Beteiligten vom Inhalt des Testaments durch Vorlegung Kenntnis nehmen (§ 2260 A 3, § 2264 A 2), so sind die ihnen vorzuenthaltenden Stellen zu verdecken, in der Benachrichtigung nach § 2262 nicht zu erwähnen, und in den nach § 2264 zu erteilenden Abschriften wegzulassen. Liegt nach § 2261 die Eröffnung des Testaments einem andern Gericht als dem Nachlaßgericht ob, so ist dem Nachlaßgericht nur der eröffnete Teil des Testaments zu übersenden. Doch darf ihm im Falle des Ersuchens die Einsicht des ganzen Testaments nicht vorenthalten werden. Näheres nach Landesrecht.

2. Die **beglaubigte Abschrift** der (verkündeten) Verfügungen bleibt in gewöhnlicher, nicht besonderer amtlicher Verwahrung.

3. Die **Wiederverschließung** und das Zurückbringen in die besondere amtliche Verwahrung einschließlich Siegelung und entsprechender durch den Verkündungsvermerk vervollständigter Aufschrift usw. vollzieht sich gemäß § 2246, jedoch ist die Mitwirkung von Urkundspersonen reichsgesetzlich hierbei nicht erfordert. Die Erteilung neuen Hinterlegungsscheins an den überlebenden Erblasser ist zweckmäßig. Das nach § 2259 an das Nachlaßgericht abgelieferte und von diesem teilweise verkündete gem. Privattestament darf dem Überlebenden keinesfalls zurückgegeben werden und wird auf sein Verlangen in besondere amtliche Verwahrung zu nehmen sein. — Die besondern Vorschriften des § 2273 erledigen sich, wenn das gem. Testament für den Fall des Todes des überlebenden Teils überhaupt keine Bestimmungen trifft. Ebenso wenn der hieran allein interessierte Überlebende der Eröffnung des gem. Testaments nach seinem ganzen Inhalte zustimmt (a. M. KGJ 35 A 109; Planck A 2, a). Ist in diesem Falle oder weil eine Sonderung der Verfügungen unmöglich war, das Testament bereits nach dem ersten Erbfall an alle Beteiligten verkündet worden, so ist eine nochmalige Verkündung nach dem Tode des Überlebenden zwecklos und überflüssig, es müßten denn beim zweiten Erbfall andere Beteiligte (so insbesondere gesetzliche Erben des Überlebenden) in Betracht kommen. — Entsprechend anwendbar beim Erbvertrag § 2300.

Vierter Abschnitt
Erbvertrag

§ 2274

Der Erblasser[1]) kann einen Erbvertrag nur persönlich schließen[2]).

E I 1941 II 2141 M 5, 314 P 5, 374, 377.

1. Das Gesetz unterscheidet zwischen dem **Erblasser** als demjenigen Teile, welcher im Erbvertrag Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen aus seinem Vermögen anordnet, und dem „andern Vertragschließenden", der sich nur auf Annahme der vom Erblasser abgegebenen Erklärungen beschränkt, aber nicht notwendig selbst bedacht zu sein braucht (einseitiger Erbvertrag). Es können aber auch beide Teile als Erblasser auftreten (zweiseitiger Erbvertrag). Endlich können auf der einen Seite mehrere Erblasser (**RG** 67, 65), auf der andern mehrere Vertragschließende vorhanden sein.

2. Der Erblasser kann, wie das Testament (§ 2064), so auch den Erbvertrag **nur persönlich** errichten. Dasselbe gilt bei Anfechtung des Erbvertrags wenn der Erblasser nicht geschäftsunfähig ist (§ 2282), bei Bestätigung (§ 2284), Aufhebung des Vertrags (§ 2290 Abs 2) und bei Erklärung des Rücktritts (§ 2296 Abs 1). Dagegen kann der andere Vertragsschließende, wenn er nicht selbst Erblasser ist, auch durch Vertreter handeln. So mit Notwendigkeit, wenn er juristische Person ist.

§ 2275

Einen Erbvertrag kann als Erblasser nur schließen, wer unbeschränkt geschäftsfähig ist[1]).

Ein Ehegatte kann als Erblasser mit seinem Ehegatten einen Erbvertrag schließen, auch wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist[2]). Er bedarf in diesem Falle der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters; ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund, so ist auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich[3]).

Die Vorschriften des Abs. 2 gelten auch für Verlobte[4]).

E I 1942 II 2142 M 5, 314, 315 P 5, 374—378.

1. **Unbeschränkte Geschäftsfähigkeit** ist nur auf Seiten **des Erblassers** (§ 2274 A 1) erforderlich. Der andere nur vertragschließende Teil braucht nicht geschäftsfähig zu sein und bedarf, da er durch den Erbvertrag in diesem Falle nur einen rechtlichen Vorteil erlangen kann, nicht einmal der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters (§ 107). Der in Mangel unbeschränkter Geschäftsfähigkeit des Erblassers geschlossene Vertrag ist als Erbvertrag nichtig und kann, außer wenn es sich um Ehegatten oder Verlobte handelt (Abs 2, 3) auch nachträglich nicht Bestand erlangen. Nach § 140 ist aber nicht ausgeschlossen, den Erbvertrag, falls den Voraussetzungen des § 2229 Abs 1, 2 genügt ist, als Testament aufrechtzuerhalten.

2. Eine **Ausnahme zugunsten von Ehegatten und Verlobten**, auch ohne daß zugleich ein Ehevertrag geschlossen wird (§ 2276 Abs 2), macht das Gesetz, insofern es auf der Erblasserseite auch beschränkte Geschäftsfähigkeit (§§ 106, 114) genügen läßt. Danach können selbst eine noch nicht 16 jährige Verlobte oder eine von der Altersschranke befreite Frau (§ 1303) und im Gegensatze zu § 2229 Abs 3 auch ein wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigter zwar kein Testament errichten, wohl aber mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter als Erblasser Erbverträge schließen. Die Bestätigung ist jedoch ausgeschlossen (§ 2284).

3. Die **Zustimmung des gesetzlichen Vertreters** (Vater, Mutter, Vormund, Pfleger) macht die persönliche Mitwirkung des erblasserischen Teils (§ 2274) nicht entbehrlich. Sie kann als Einwilligung vorher oder als Genehmigung nachträglich erklärt werden (§§ 183, 184). Sie wird dadurch ersetzt, daß der Erblasser nach Erlangung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit den Erbvertrag genehmigt (§ 108 Abs 3). In der Zwischenzeit gilt der Erbvertrag als hinkendes Geschäft im Sinne von §§ 108, 109. Die Zustimmung oder Genehmigung ist an die Beobachtung der für den Erbvertrag vorgeschriebenen Form selbst nicht gebunden (§ 182 Abs 2). Hiernach ist nicht wesentlich, daß die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schon bei Abschluß des Erbvertrages vorliege (a. M. Zitate bei Planck A 2, b). Genehmigung des Vormundschaftsgerichts §§ 1828 ff. Sie ist für den Gewaltinhaber nicht erforderlich.

4. Verlöbnis § 1297.

§ 2276

Ein Erbvertrag kann nur vor einem Richter oder vor einem Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden[1]). Die Vorschriften der §§ 2233 bis 2245 finden Anwendung; was nach diesen Vorschriften für den Erblasser gilt, gilt für jeden der Vertragschließenden[3]).

Für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten oder zwischen Verlobten, der mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden wird, genügt die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form[4]).

E I 1943, 1944 II 2143 M 5, 315—319 P 5, 379—381.

1. Dadurch, daß die Schließung des Erbvertrags nur **vor Richter oder Notar** — nach Landesgesetz auch nur vor dem einen oder dem andern (EG Art 141) — gestattet ist, sind das Privattestament (§ 2231 Nr 2) und die außerordentlichen Testamentsformen der §§ 2249 bis 2251 ausgeschlossen. Das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile, wie bei der Auflassung § 925, beim Ehevertrag § 1434 und beim Annahmevertrag § 1750 macht ferner die Form des § 128 unanwendbar. Der Erblasserteil muß immer in eigener Person, der bloß vertragschließende Teil kann auch in der Person eines Vertreters anwesend sein (§ 2274 A 2). Dagegen ist die Anwesenheit des bloß zustimmenden gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich (§ 2275 A 3). Im übrigen bleiben nach EG Art 151 mit dem dort gemachten Vorbehalte die allgemeinen Vorschriften der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden unberührt.

2. Die (außer im Falle des Abs 2) anzuwendenden **Formvorschriften für das öffentliche Testament** ergeben im einzelnen § 2233: Zuziehung des Gerichtsschreibers oder zweier Zeugen oder eines zweiten Notars. §§ 2234—2237: Unfähigkeitsgründe zur Mitwirkung als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge. § 2238: Der Erbvertrag kann grundsätzlich sowohl durch mündliche Erklärung, als auch durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen, von den Vertragschließenden selbst oder von einer andern Person geschriebenen Schrift geschlossen werden. Nicht ausgeschlossen ist, daß sich der eine Teil mündlich, der andere (wenn er nicht minderjährig oder lesensunvermögend ist) schriftlich erklärt mit dem Hinzufügen, daß die von ihm übergebene Schrift seine Vertragserklärung enthalte (z. T. a. M. Planck A 3). § 2239: Anwesenheit der mitwirkenden Personen während der ganzen Verhandlung. §§ 2240—2242: Form und Inhalt des Protokolls, das auch von dem bloß annehmenden Teile mit zu unterzeichnen ist. § 2243: Die Erklärung des stummen oder am Sprechen verhinderten Teils kann nur durch Übergabe einer Schrift nebst eigenhändig niedergeschriebener Erklärung erfolgen, während sich der andere Teil nach § 2238 beliebig erklären kann. Ist ein Teil taub, ein Fall, der für die Testamentserrichtung nicht besonders geregelt zu werden brauchte, so ist es Sache des Richters oder Notars, wie er sich im Falle beiderseitiger mündlicher Erklärungen des Einverständnisses des Tauben mit den Erklärungen des andern Teils vergewissert (FGG § 169). § 2244: Erklärt auch nur ein Teil, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, so ist die Zuziehung eines Dolmetschers nötig. § 2245: Fremdsprachliche Verhandlung ist nur möglich, wenn alle Beteiligten, also auch beide Vertragschließenden, dieser Sprache mächtig sind.

3. Die Erklärung des andern **lediglich vertragschließenden Teils** beschränkt sich beim einseitigen Erbvertrag auf die Annahme der gegnerischen Erklärungen. Trotzdem ist er, auch wenn er durch Vertreter handelt, damit an die Form des öffentlichen Testaments gebunden. Nach seiner Person — nicht auch nach der Person des Vertreters (so Strohal § 44 A 17) — sind die Unfähigkeitsgründe der §§ 2234—2237 zu beurteilen. Dagegen ist selbstverständlich die Person des Vertreters entscheidend, wenn das Gesetz je nach gewissen persönlichen Eigenschaften des Erklärenden (Minderjährigkeit, Sprech-, Leseunvermögen 2c.) die Einhaltung besonderer Formen vorschreibt.

4. Die **erleichterte Form des Ehevertrags** fordert nach § 1434 zwar ebenfalls gleichzeitige Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder Notar, dagegen ist, außer im Falle des § 169 FGG (Taube, Blinde, Stumme oder sonst am Sprechen Verhinderte) die Zuziehung von Urkundspersonen nicht notwendig. Die Verständigung mit dem Stummen ist auch durch Dolmetscher möglich (FGG § 178). Anderseits ist die Protokollaufnahme nur in deutscher Sprache und, wenn auf eine Schrift Bezug genommen wird, ohne daß im übrigen die Testamentsform eingehalten ist, nur deren offene Übergabe zulässig (FGG §§ 175, 176 Abs 2). Die materiellrechtliche Vorschrift des § 2274, daß der Erblasserteil den Vertrag nur persönlich schließen kann, bleibt auch hier in Kraft. Selbstverständlich muß es sich um einen wahren Ehevertrag im Sinne von § 1432 handeln. Beide Verträge sind in derselben Urkunde verbunden nicht bloß dann, wenn sie in einem Protokoll beurkundet sind. Auch die bloß äußerliche Verbindung genügt (§ 2277 A 4). Sind die Voraussetzungen für die erleichterte Form einmal gegeben, so ist der so beurkundete Vertrag auch

Erbvertrag in voller Bedeutung des Worts. Insbesondere können darin einseitig auch andere, sonst nur durch Testament zu treffende Verfügungen getroffen werden (§ 2299). — Die gleiche Vorschrift gilt für Aufhebung des Erbvertrags (§ 2290 Abs 4).

§ 2277

Die über einen Erbvertrag aufgenommene Urkunde soll nach Maßgabe des § 2246 verschlossen[1]), mit einer Aufschrift versehen[2]) und in besondere amtliche Verwahrung gebracht werden, sofern nicht die Parteien das Gegenteil verlangen[3]). Das Gegenteil gilt im Zweifel als verlangt, wenn der Erbvertrag mit einem andern Vertrag in derselben Urkunde verbunden wird[4]).

Über einen in besondere amtliche Verwahrung genommenen Erbvertrag soll jedem der Vertragschließenden ein Hinterlegungsschein erteilt werden[5]).

E I 1945 E 1, 2 II 2144 M 5, 319 P 5, 381, 382.

1. **Verschluß** mit dem Amtssiegel, Aufschrift und Verwahrung der über den Erbvertrag, sei es auch in den Formen des Ehevertrags (§ 2276 Abs 2) aufgenommenen Urkunden, „nebst Anlagen" — etwaigen Vertreternachweisen, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn sie sogleich erteilt ist ꝛc. — geschehen wie beim öffentlichen Testament nach § 2246 in Gegenwart der mitwirkenden Personen und im unmittelbaren Anschluß an den Errichtungsakt. Nachträgliche Hinterlegung ist deshalb nicht statthaft.

2. Die **Aufschrift** hat den Erbvertrag „näher zu bezeichnen", muß also den Tag der Errichtung und die Personen der Vertragschließenden, wenn auch nicht notwendig angeben, wer von ihnen oder ob sie beide als Erblasser aufgetreten sind (a. M. Planck A 1). War der Vertrag nach § 2238 verschlossen übergeben, so kann der Richter oder Notar hiervon selbst nicht sicher unterrichtet sein.

3. **Besondere amtliche Verwahrung** § 2246 A 4. Wenn die Parteien das Gegenteil verlangen, was sie jedoch sogleich zu erklären haben, so wird der Vertrag nur in gewöhnliche Verwahrung genommen. Auf Antrag ist ihnen Ausfertigung des Erbvertrags zu erteilen, landesrechtlich kann auch gestattet sein, die Urschrift an sie hinauszugeben. Rückgabe der von ihnen übergebenen Urkunden kann von den Parteien jederzeit, wiewohl nur gemeinschaftlich verlangt werden. Sie wirkt jedoch abweichend von § 2256 nicht als Widerruf. Hierfür sind vielmehr die Formen der §§ 2290—2292 ausschließlich maßgebend.

4. Der **andere Vertrag**, mit welchem der Erbvertrag **in derselben Urkunde verbunden** ist, wird regelmäßig, muß aber nicht notwendig ein Ehevertrag sein (§ 2276 Abs 2). Ist er jedoch nicht Ehevertrag, so bestehen für den damit verbundenen Erbvertrag keine Formerleichterungen, es müssen vielmehr insoweit die Formen des öffentlichen Testaments eingehalten sein (§ 2276 Abs 1). Daraus folgt, daß auch eine bloß äußerliche Verbindung der mehreren vielleicht in verschiedenen Formen geschlossenen Verträge genügt (Erbvertrag und Leibrentenvertrag § 2295), wenn sie nur z. B. durch Zusammenheften eine Urkunde geworden sind.

5. Der **Hinterlegungsschein** (§ 2246 Abs 2) ist jedem, also auch dem bloß annehmenden Vertragsschließenden zu erteilen.

§ 2278

In einem Erbvertrage kann jeder der Vertragschließenden vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen treffen[1]).

Andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen können vertragsmäßig nicht getroffen werden[2]).

E I 1940 Abs 3, 1956 Abs 4 II 2145 M 5, 313, 333—337 P 5, 366, 373, 400—405.

1. Das Gesetz gestattet im Erbvertrage nicht bloß vertragsmäßige, sondern auch einseitige Verfügungen zu treffen (§ 2299). Nur bezüglich der **vertragsmäßigen Verfügungen** von Todes wegen tritt Gebundenheit der Vertragschließenden ein. Sie hat indes nur erbrechtliche Wirkungen, läßt das Verfügungsrecht unter Lebenden grundsätzlich unbeschränkt (§ 2286) und hindert auch den Bedachten nicht, die ihm vertragsmäßig gemachten Zuwendungen nach Eintritt des Erbfalls auszuschlagen, selbst wenn er ausdrücklich hierauf verzichtet hätte (§ 2279 A 1). Bei Lebzeiten des andern Vertragsschließenden kann sich jeder Teil durch Aufhebung mit Zustimmung des andern Teils (§§ 2290 ff.), gegebenenfalls auch durch Anfechtung (§§ 2281 ff.) und einseitigen Rücktritt (§§ 2293 ff.) von dieser Gebundenheit befreien. Damit wird regelmäßig zugleich der ganze Vertrag hinfällig (§ 2298).

2. Die vertragsmäßigen Verfügungen sind, wie beim korrespektiven Testament (§ 2270 Abs 3) **gegenständlich beschränkt.** Danach können die Ausschließung eines gesetzlichen Erben

(§ 1938), die Entziehung des Pflichtteils (§§ 2333 ff.), reine Teilungsanordnungen (§ 2048), die Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§§ 2197 ff.), familienrechtliche Anordnungen aller Art (Vorbem vor § 2064), Widerruf älterer letztwilliger Verfügungen (§ 2254) immer nur einseitig gemäß § 2299 angeordnet werden. Doch steht nichts im Wege, eine vertragsmäßige und insoweit unwirksame Verfügung solchen Inhalts gemäß § 140 als einseitige aufrecht zu erhalten. Anderseits sind Erbeinsetzungen usw. nicht schon deshalb vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen, weil sie in einem Erbvertrage getroffen sind. Vielmehr ist nach dem frei zu ermittelnden Willen der Vertragschließenden zu entscheiden, ob und inwieweit gegenseitige Bindung oder freie Widerruflichkeit der einzelnen Verfügungen beabsichtigt ist. Im Erbeinsetzungsvertrage können sich die Vertragschließenden gegenseitig, oder nur der eine den andern oder auch Dritte (§ 1941 Abs 2; RG 67, 65) zu „Vertragserben" — gewöhnliche Erben, Vor-, Nach- oder Ersatzerben — berufen, sei es auf die ganze Erbschaft oder nur auf einen Bruchteil neben den gesetzlichen oder neben testamentarischen Erben. Stehen sich beide Teile als gesetzliche Erb- oder Pflichtteilsberechtigte gegenüber, so ist Auslegungsfrage, ob der Erbvertrag zugleich den Verzicht auf den gesetzlichen Erbteil oder auf den Pflichtteil enthält. Der nach § 2302 unzulässige Verzicht auf Errichtung eines Testaments kann unter Umständen in vertragsmäßige Einsetzung der gesetzlichen Erben umgedeutet werden. Beim Vermächtnisvertrage können ebensogut die Vertragschließenden wie Dritte als Beschwerte (§ 2147) oder Bedachte in Betracht kommen. Das vertragsmäßig angeordnete Vermächtnis hat gemäß § 2289 den Vorrang, soweit ein einseitig angeordnetes daneben nicht bestehen kann. Kein Vermächtnisvertrag, wenn der Erblasser unter Lebenden eine Verpflichtung übernimmt, deren Erfüllung nur bis nach seinem Tode hinausgeschoben ist (RG 8. 4. 07 IV 424/06). Die Vollziehung der im Auflagevertrag gemachten Auflage kann nur von den nach § 2194 Berechtigten verlangt werden, auch wenn sich der andere Teil hierzu vertragsmäßig verpflichtet hätte. Die Grundsätze vom Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff.) kommen nicht in Betracht. — Errichtung der Stiftung durch Erbvertrag § 83.

§ 2279

Auf vertragsmäßige Zuwendungen und Auflagen finden die für letztwillige Zuwendungen und Auflagen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[1]).

Die Vorschriften des § 2077 gelten für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten oder Verlobten auch insoweit, als ein Dritter bedacht ist[2]).

E I 1946, 1948 Abs 2 II 2146 M 5, 320, 321, 323 P 5, 373, 382, 383, 386.

1. Die **entsprechende Anwendung der testamentsrechtlichen Vorschriften** auf vertragsmäßige Zuwendungen, d. h. Erbeinsetzungen und Vermächtnisse, sowie Auflagen (§ 2278 Abs 2) bezieht sich nach RG 67, 66 auf den Inhalt, die Bestimmtheit, die Auslegung solcher Verfügungen, auf Anfall und Erwerb des Zugewendeten und die Verpflichtung zur Erfüllung einer Auflage (§§ 2064—2076, 2087—2093, 2096—2098, 2100—2107, 2147—2156, 2189 bis 2193, ferner 1937—1959, 2094, 2095, 2176—2180), nicht aber auf § 2265, der das gemeinschaftliche Testament nur für Ehegatten zuläßt. Insbesondere ist der Überlebende, selbst wenn er hierauf im Erbvertrag verzichtet hätte, nicht daran gehindert, nach dem Erbfall das ihm Zugewendete auszuschlagen (§ 2278 A 1). Auch die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen kommen nur in dem für letztwillige Verfügungen geltenden Umfange in Betracht (§ 2078 A 1). Doch wird die Willensübereinstimmung und die daraus hervorgehende gegenseitige Gebundenheit ausgeschlossen, wenn Scheingeschäft oder geheimer Vorbehalt im Sinne von §§ 116, 117 vorliegen. Die betreffende vertragsmäßige Anordnung könnte dann nur als einseitige Verfügung aufrechterhalten werden (§ 2299). Die Anfechtung des Erbvertrags ist in §§ 2281 ff. besonders geregelt.

2. Haben sich **Ehegatten oder Verlobte** in dem zwischen ihnen geschlossenen Erbvertrage oder hat ein Ehegatte rc. in dem mit einem Dritten geschlossenen Erbvertrage den andern Ehegatten rc. letztwillig bedacht, so folgt aus Abs 1 verbunden mit § 2077 daß die Zuwendung unwirksam ist, wenn die Ehe nichtig, vor dem Tode des Zuwendenden aufgelöst ist, oder wenn auch nur begründete Scheidungsklage von ihm erhoben war. Handelt es sich um einen zweiseitigen Vertrag der Ehegatten rc. selbst, so hat die Unwirksamkeit der Zuwendung schon nach § 2298 Abs 1 die Unwirksamkeit des ganzen Erbvertrags und damit auch etwaiger an Dritte gemachter Zuwendungen zur Folge. Dies gilt wie im Falle des § 2268 A 2 grundsätzlich auch dann, wenn der schuldige mit der Scheidungsklage verfolgte Teil bereits vor dem klagenden Teile verstorben ist. Abs 2 hat dagegen den einseitigen Erbvertrag im Auge, bei dem nur ein Ehegatte rc. als Erblasser auftritt, während sich der andere auf die Annahme der an Dritte gemachten Zuwendungen beschränkt. Auch derartige **Zuwendungen**

an Dritte werden in den Fällen des § 2077 nach positiver Vorschrift des Abs 2 den Zuwendungen an den Ehegatten ꝛc. gleichgestellt. Da jedoch in dem hier vorausgesetzten Falle auf seiten des bloß annehmenden Teils keine Verfügungen in Frage kommen, deren Unwirksamkeit auch die Unwirksamkeit der Verfügungen des andern Erblassers zur Folge haben könnte, so ist abweichend von § 2268 A 2 dem Dritten unschädlich, wenn der mit der Scheidungsklage belangte schuldige Vertragschließende vor dem Erblasser verstirbt (a. M. Planck A 3). Eheverfehlungen des Erblasserteils können im Falle des einseitigen Erbvertrags dem bedachten Dritten niemals schädlich werden. Zu beachten ist jedoch, daß es sich hierbei überall nur um gesetzliche Auslegungsregeln handelt (§§ 2077 Abs 3, 2085, 2298 Abs 3). Stehen die dem Dritten gemachten Zuwendungen mit dem ehelichen oder Verlobtenverhältnis der Vertragschließenden in keinerlei Zusammenhange, so werden sie sowohl im Falle des zweiseitigen wie des einseitigen Erbvertrags auch bei Nichtigkeit ꝛc. der Ehe leicht aufrechtzuerhalten sein.

§ 2280

Haben Ehegatten in einem Erbvertrage, durch den sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, oder ein Vermächtnis angeordnet, das nach dem Tode des Überlebenden zu erfüllen ist, so finden die Vorschriften des § 2269 entsprechende Anwendung[1].

E II 2147 P 5, 406, 407.

1. Vgl. § 2269 A 1—3.

§ 2281

[1]Der Erbvertrag kann auf Grund der §§ 2078, 2079 auch von dem Erblasser angefochten werden[2]; zur Anfechtung auf Grund des § 2079 ist erforderlich, daß der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der Anfechtung vorhanden ist[3].

Soll nach dem Tode des andern Vertragschließenden eine zugunsten eines Dritten getroffene Verfügung von dem Erblasser angefochten werden, so ist die Anfechtung dem Nachlaßgerichte gegenüber zu erklären[4]. Das Nachlaßgericht soll die Erklärung dem Dritten mitteilen[5].

E I 1948 Abs 1 II 2148 Abs 1, 3 M 5, 322, 323 P 5, 585, 586, 395—397, 418—420.

1. Die **Nichtigkeit des Erbvertrags**, z. B. wegen Formmangels, kann ohne weiteres von jedermann geltend gemacht werden. Beruht sie nur auf dem Mangel der Willensübereinstimmung, so lassen sich die vermeintlich vertragsmäßigen Verfügungen unter Umständen als einseitige aufrecht erhalten (§ 2299). Nichtigkeit der einzelnen Verfügung hat, wenn sie eine vertragsmäßige ist, im Zweifel Unwirksamkeit des ganzen Vertrags (§ 2298), wenn sie einseitig getroffen war, im Zweifel nur Unwirksamkeit eben dieser Verfügung zur Folge (§§ 2085).

2. Daß die **Anfechtung des Erbvertrags** mit dem Erfolge der Nichtigkeit aus § 142 Abs 1 wegen Irrtums und Drohung oder wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten (§§ 2078, 2079) jedem zusteht, dem die Aufhebung des Vertrags unmittelbar zustatten kommen würde (§ 2080, s. aber auch § 2285), folgt schon aus § 2279 Abs 1. § 2281 dehnt das Anfechtungsrecht unter den gleichen Voraussetzungen auch auf denjenigen Vertragsteil aus, der als **Erblasser** in Betracht kommt (§ 2274 A 1). Damit ist ihm ein Mittel zur Wiederbeseitigung seiner Gebundenheit gewährt, dessen der gewöhnliche Erblasser vermöge der freien Widerruflichkeit einseitiger Verfügungen von Todes wegen nicht bedarf. Form und Frist §§ 2282, 2283. Widerruf beim gemeinschaftlichen Testament § 2271. Der andere bloß annehmende Vertragschließende könnte sich der Anfechtung, an der er regelmäßig kein Interesse hat, nur nach den allgemeinen Grundsätzen über Willenserklärungen bedienen (§§ 119 ff.). Die an der Aufrechterhaltung des Erbvertrags „Interessierten" können nach erklärter Anfechtung unter Umständen Feststellungsklage auf Unwirksamkeit der Anfechtung erheben (RG 13. 10. 04 IV 172/04).

3. Das Anfechtungsrecht wegen **Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten** ist nach § 2079 A 3 von vornherein ausgeschlossen, wenn der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage zu dessen Nachteil verfügt haben würde. Auf das Anfechtungsrecht aus diesem Grunde kann deshalb im Erbvertrage selbst wirksam verzichtet werden. Hat der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten im Erbvertrag den Pflichtteil entzogen, so erwächst ihm dadurch kein Anfechtungsrecht, daß das Entziehungsrecht gemäß §§ 2336, 2337 nachträglich wieder erloschen ist (Prot 5, 412). Das Anfechtungsrecht besteht nur, solange der übergangene Pflicht-

teilsberechtigte als solcher vorhanden ist. Die einmal erklärte Anfechtung bleibt jedoch wirksam, auch wenn demnächst der Pflichtteilsberechtigte vor dem Erbfall weggefallen, ein eigenes Anfechtungsrecht des Übergangenen aus § 2079 somit gar nicht entstanden ist.

4. Bei Lebzeiten der Vertragsschließenden erfolgt die Anfechtung nach der Regel des § 143 gegenüber dem andern Teile, wiewohl unter Beobachtung der in § 2282 Abs 3 erteilten Formvorschrift. Mit dem **Tode des einen Vertragsteils** ist sein höchstpersönliches Anfechtungsrecht erloschen, kann daher von seinen Erben nur insoweit, als sie zu den in § 2080 bezeichneten Personen gehören und nur kraft eigenen Rechts geltend gemacht werden. Auf Seiten des überlebenden Teils kommt eine Anfechtung der zu seinen Gunsten getroffenen Verfügungen des Zuerstverstorbenen nicht in Frage. Seine eigenen Verfügungen zugunsten des andern Teils haben sich durch dessen Tod erledigt. Es kann sich also nur noch um die Anfechtung vertragsmäßiger Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen (§ 2278 Abs 2) **zugunsten Dritter** handeln, gleichviel ob diese Verfügungen von ihm selbst oder von dem andern Teile herrühren. In diesem Falle hat der Überlebende (wie nach § 2081) die Anfechtung **dem Nachlaßgerichte gegenüber**, d. h. dem für den Todesfall des Zuerstverstorbenen zuständigen Gerichte zu erklären.

5. Die **Mitteilungspflicht** des Nachlaßgerichts gilt nur gegenüber dem Dritten, nicht auch gegenüber den sonstigen Interessenten, insbesondere den Erben des Vertragsgegners (vgl. § 2081 A 2).

§ 2282

Die Anfechtung kann nicht durch einen Vertreter des Erblassers erfolgen[1]). Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zur Anfechtung nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters[2]).

Für einen geschäftsunfähigen Erblasser kann sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Erbvertrag anfechten[3]).

Die Anfechtungserklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[4]).

E I 1948 Abs 4 II 2148 Abs 2, 2149 Abs 1, 2 M 5, 324 P 5, 385, 386.

1. Das **Anfechtungsrecht** ist **höchstpersönlich**, wie auch die Schließung (§ 2274), die Bestätigung (§ 2284), die Aufhebung des Erbvertrags (§ 2290 Abs 2) und der Rücktritt (§ 2296 Abs 1) dem Erblasser nur persönlich zusteht.

2. Auch der in der **Geschäftsfähigkeit beschränkte** Erblasserteil (§§ 106, 114) muß persönlich anfechten. Er kann aber nicht bestätigen (§ 2284) und ist, abweichend von der ihm ausnahmsweise nachgelassenen Schließung des Erbvertrags (§ 2275 A 2) bei der Anfechtung nicht an die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1831) gebunden (ebenso §§ 2290 Abs 2, 2296 Abs 1; vgl. auch §§ 1336 Abs 1, 1595 Abs 1).

3. Zugunsten des **geschäftsunfähigen** Erblasserteils wird, wie in den Fällen der §§ 1336 Abs 2, 1595 Abs 2 die Regel des Abs 1 durchbrochen, außerdem aber Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfordert. Anfechtung nach Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit § 2283 Abs 3.

4. **Gerichtliche oder notarielle Beurkundung** (§ 128) ist sowohl bei der Anfechtung unter Lebenden (ebenso beim Rücktritt § 2296 Abs 2) gegenüber dem andern Teile als auch nach dem Tode eines Vertragsteils gegenüber dem Nachlaßgericht erforderlich (§ 2281 A 4). Beurkundung vor einer nicht gerichtlichen Nachlaßbehörde (EG Art 147) genügt nicht.

§ 2283

Die Anfechtung durch den Erblasser kann nur binnen Jahresfrist erfolgen[1]).

Die Frist beginnt im Falle der Anfechtbarkeit wegen Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört, in den übrigen Fällen mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erblasser von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 entsprechende Anwendung[2]).

Hat im Falle des § 2282 Abs. 2 der gesetzliche Vertreter den Erbvertrag nicht rechtzeitig angefochten, so kann nach dem Wegfalle der Geschäfts-

unfähigkeit der Erblasser selbst den Erbvertrag in gleicher Weise anfechten, wie wenn er ohne gesetzlichen Vertreter gewesen wäre[3]).

E I 1948 Abs 5 II 2150 M 5, 324, 325 P 5, 385, 386.

1. **Einjährige Ausschlußfrist** wie in § 2082 s. dort A 1. Sie läuft auch dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erblasser (§ 2282 A 2).

2. **Fristbeginn und Fristenlauf** übereinstimmend mit § 1954 s. dort A 2, 3, jedoch ohne daß bei seinen Lebzeiten dem Anfechtungsberechtigten eine zeitliche Schranke (dort 30 Jahre) gezogen wäre. Vgl. auch §§ 124, 2082 Abs 2.

3. Die Frist läuft an und für sich auch gegen den **gesetzlichen Vertreter.** Abs 3 durchbricht aber den Grundsatz zugunsten des Vertretenen dann, wenn dieser nach Fristablauf die — wenn auch nur beschränkte — Geschäftsfähigkeit wiedererlangt. In diesem Falle wird ihm gemäß dem Abs 2 angezogenen § 206 eine sechsmonatige Nachfrist eingeräumt (ebenso §§ 1340, 1595 Abs 2). — In allen Fällen handelt es sich um die Anfechtung durch den Erblasser. Für diejenige des bloß annehmenden Teils (§ 2281 A 2 a. E.) gelten die Fristen der §§ 121, 124, für sonstige Anfechtungsberechtigte §§ 2080, 2082.

§ 2284

Die Bestätigung eines anfechtbaren Erbvertrags kann nur durch den Erblasser persönlich erfolgen[1]). Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Bestätigung ausgeschlossen[2]).

E I 1948 Abs 4 II 2149 Abs 3 M 5, 323, 324 P 5, 385, 386.

1. Wie mit Anfechtung des Erbvertrags vornehmlich Beseitigung der vertragsmäßigen Gebundenheit bezweckt wird (§ 2281 Abs 2), so kommt umgekehrt mit **Bestätigung des anfechtbaren Erbvertrags** der Wille zum Ausdruck, trotzdem gebunden zu bleiben. Es handelt sich mithin nicht sowohl um Bestätigung der im Erbvertrag getroffenen letztwilligen Verfügung, die, wenn § 2279 Abs 1 Anwendung fände, nur als erneute letztwillige Verfügung denkbar wäre (§ 2078 A 6), sondern um Bestätigung des mit dem Erbvertrag zustande gekommenen Rechtsgeschäfts. Gemäß § 144 Abs 2 ist deshalb die Bestätigung an keine Form gebunden, sie kann auch stillschweigend erfolgen und braucht nicht gegenüber dem andern Teil oder dem Nachlaßgericht erklärt zu werden (a. M. Strohal I § 45 A 16). Der Erblasser kann aber **nur persönlich** bestätigen, wie er auch nur persönlich, nicht durch Vertreter den Erbvertrag schließen (§ 2274), anfechten (§ 2282), aufheben (§ 2290) und davon zurücktreten kann (§ 2296; vgl. auch §§ 1337 Abs 3, 1598 Abs 3). Eine Bestätigung des wegen Formmangels nichtigen Erbvertrags durch die Erben des Vertragserben ist ausgeschlossen (RG 8. 4. 07 IV 424/06).

2. Dem in der **Geschäftsfähigkeit beschränkten** Erblasser (§§ 106, 114) ist zwar als Ehegatten oder Verlobten nachgelassen, den Vertrag zu schließen (§ 2275 Abs 2), nicht aber auch ihn zu bestätigen. Um so mehr ist dies für den Geschäftsunfähigen ausgeschlossen. Die Bestätigung selbst ist nach allgemeinen Grundsätzen anfechtbar.

§ 2285

Die im § 2080 bezeichneten Personen können den Erbvertrag auf Grund der §§ 2078, 2079 nicht mehr anfechten[1]), wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit des Erbfalls erloschen ist[2]).

E I 1949 Abs 2 II 2151 M 5, 325, 326 P 5, 386, 387.

1. Außer dem Erblasserteil (§§ 2281—2283) steht gemäß § 2279 Abs 1 das **Anfechtungsrecht auch dritten Personen** zu, soweit ihnen nach § 2080 die Aufhebung des durch Irrtum, Zwang oder nicht gewollte Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten beeinflußten Erbvertrags (§§ 2078, 2079) unmittelbar zustatten kommen würde. Form und Frist der Anfechtung bestimmen sich lediglich nach §§ 2081, 2082. Daher keine Beurkundung der Anfechtungserklärung, kein Verbot der Vertretung (§ 2282), aber 30 jährige Ausschlußfrist (§ 2082 Abs 3) und darüber hinaus Verweigerungsrecht des Beschwerten (§ 2083). Die Anfechtung ist nach Maßgabe des § 2081 entweder dem Nachlaßgericht oder gegenüber dem Anfechtungsgegner, bei Anfechtung einer Vermächtnisanordnung also in entsprechender Anwendung von § 143 Abs 4 gegenüber dem Bedachten, nicht gegenüber dem überlebenden Vertragschließenden oder seinen Erben zu erklären (a. M. Staudinger A 1).

2. Das Anfechtungsrecht des Dritten ist zwar ein eigenes selbständiges Recht mit besonderem Fristenlauf nach § 2082 Abs 2, kann aber keine stärkere Wirkung äußern als das **Anfechtungsrecht des Erblassers** selbst, wenn es diesem bereits bei seinem Tode zustand.

War des Erblassers Recht zu diesem Zeitpunkt durch Ablauf der Jahresfrist (§ 2283), **durch** Bestätigung (§ 2284) **erloschen**, so kann auch der Dritte nicht mehr anfechten. Eine Bestätigung durch den am Erbvertrage selbst nicht beteiligten Dritten kann überhaupt nicht in Frage kommen.

§ 2286

Durch den Erbvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt[1]).

E I 1951 II 2152 M 5, 327, 328 P 5, 388, 389.

1. Grundsätzlich ist der Erblasser durch den Erbvertrag in der **Verfügung unter Lebenden** ebensowenig beschränkt, wie durch sonstige letztwillige Verfügungen. Nur böswillige Schenkungen (§ 2287) und die Vereitelung von Vermächtnissen (§ 2288) sind ihm untersagt. Beschränkungen in der Verfügung von Todes wegen § 2289. Der im Erbvertrage Bedachte erlangt mithin als solcher vor dem Erbfall kein Recht, wie der Nacherbe nach §§ 2128 ff., gegen tatsächliche oder rechtliche Beeinträchtigungen durch den Erblasser etwa mit Hilfe einstweiliger Verfügungen geschützt zu werden. Ebensowenig ist er als solcher zu dem Antrag auf Entmündigung wegen Verschwendung berechtigt. — Bindung des Erblassers nach den bisherigen Gesetzen, wenn der Erbvertrag vor 1. 1. 00 errichtet ist (EG Art 214 Abs 2).

§ 2287

Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen[2]), eine Schenkung gemacht[1]), so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist[3]), von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern[4]).

Der Anspruch verjährt in drei Jahren von dem Anfalle der Erbschaft an[5]).

E I 1952 Abs 1, 2 II 2153 Abs 1 Satz 1, Abs 2 M 5, 328—330 P 5, 389—394; 6, 351.

1. Unbeschadet seiner Verfügungsfreiheit unter Lebenden (§ 2286) darf der Erblasser den Vertragserben nicht durch **böswillige Schenkungen** beeinträchtigen. Hierzu gehört auch die gemischte Schenkung (§ 516 A 4), das Schenkungsversprechen (§ 518) und die vollzogene Schenkung auf den Todesfall (§ 2301 Abs 2), während das Schenkungsversprechen von Todes wegen ohne weiteres unwirksam ist (§§ 2301 Abs 1, 2289 Abs 1). Dagegen ist die Hingabe, sei es auch des ganzen Vermögens, gegen Entgelt (z. B. gegen eine Leibrentenverpflichtung) niemals Schenkung. Sie könnte nur „in eklatanten Fällen" (Prot 5, 392) einen Schadensersatzanspruch aus § 826 begründen. Der Erblasser kann die Anwendbarkeit des § 2287 dadurch ausschließen, daß er sich im Erbvertrag (sogut wie den Rücktritt nach § 2293) völlige Freiheit in der Vornahme von Schenkungen vorbehält.

2. Die **Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen**, wird nicht durch das Bewußtsein davon ersetzt, daß die aus andern unverfänglichen Beweggründen, z. B. aus idealen, sittlichen oder Anstandsrücksichten vorgenommene Schenkung den Vertragserben verkürzen werde. Gerade die Beeinträchtigung muß als der zu erreichende Erfolg bezweckt sein.

3. Der Herausgabeanspruch entsteht erst in der Person des **Vertragserben**. Er gehört mithin nicht zum Nachlaß und kann von den Nachlaßgläubigern nicht in Anspruch genommen werden. Doch bleibt ihr aus KO §§ 29 ff. oder AnfG §§ 3 ff. abgeleiteter selbständiger Anfechtungsanspruch unberührt. Vertragserbe ist der von dem Zuerstverstorbenen *im Erbvertrag* eingesetzte Erbe, gleichviel ob er den Vertrag selbst mit geschlossen oder darin nur als Dritter bedacht ist. Dem bloß annehmenden Vertragsschließenden (§ 2274 A 1) erwachsen aus der Vornahme der Schenkung überhaupt keine Rechte. *Mehreren Vertragserben* steht der Herausgabeanspruch, weil nicht zum Nachlaß und deshalb auch nicht zur Erbengemeinschaft nach § 2032 A 3 gehörig, nach den Grundsätzen der §§ 741 ff. jedem für sich zu dem seinem Erbteil entsprechenden Bruchteile zu. Nur bei Unteilbarkeit der Leistung ist ein Gesamtgläubigerverhältnis gegeben (§ 432). Der Anspruch des Vertragserben entsteht erst mit dem **Anfall der Erbschaft**, regelmäßig also mit dem Tode des Erblassers (§ 1942 A 2). Schlägt er die Erbschaft aus, so gilt der Anfall als nicht erfolgt (§ 1953 A 1), damit ist aber auch dem Herausgabeanspruch der Boden entzogen (a. M. Strohal § 45 A 43; Dernburg V § 99 A 5). Vor dem Anfall hat auch der Vertragserbe keine Rechte, weder gegen den Erblasser noch gegen den Beschenkten (a. M. Strohal § 45 A 40; Dernburg § 99 A 10). Insbesondere kann er wegen seines bloß möglichen künftigen Anspruchs nicht durch einstweilige Verfügungen geschützt werden (ZPO §§ 916 Abs 2, 936).

4. Der Herausgabeanspruch ist nur **gegen den Beschenkten** gewährt. Er steht mithin abweichend von § 2288 Abs 2 nicht zu gegen testamentarische oder gesetzliche Erben, wenn sie

neben dem Vertragserben berufen sind. Der Beschenkte ist zur **Herausgabe** nach den für die **ungerechtfertigte Bereicherung** geltenden Grundsätzen, somit zur Herausgabe des Geschenkes selbst oder des dafür erlangten Surrogats oder zum Wertsersatz im Umfange des § 818 verpflichtet. Handelt es sich um ein Schenkungsversprechen, so geht der Anspruch auf Befreiung von der Schenkungsverpflichtung. Auf die Kenntnis des Beschenkten von der Beeinträchtigungsabsicht kommt es an sich nicht an, wohl aber steigert sich in diesem Falle der Umfang der Herausgabepflicht gemäß § 819.

5. Dreijährige Verjährungsfrist wie beim Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2332 Abs 2. Es entscheidet lediglich der Zeitpunkt des Erbschaftsanfalls (§ 1942), gleichviel wann der Vertragserbe von der Schenkung Kenntnis erlangt hat und (abweichend von § 2325 Abs 3) gleichviel, wielange die Schenkung vor dem Erbfall zurückliegt. Handelt es sich um ein bloßes Schenkungsversprechen des Erblassers, so kann der Vertragserbe gegenüber dem Erfüllungsverlangen des Beschenkten nach § 821 auch nach Ablauf der Verjährungsfrist die Leistung verweigern. — § 2287 leidet auch auf den Überlebenden beim gemeinschaftlichen Testament Anwendung (§ 2271 A 6).

§ 2288

Hat der Erblasser den Gegenstand eines vertragsmäßig angeordneten Vermächtnisses in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, zerstört, beiseite geschafft oder beschädigt[1]), so tritt, soweit der Erbe dadurch außerstande gesetzt ist, die Leistung zu bewirken, an die Stelle des Gegenstandes der Wert[2]).

Hat der Erblasser den Gegenstand in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, veräußert oder belastet, so ist der Erbe verpflichtet, dem Bedachten den Gegenstand zu verschaffen oder die Belastung zu beseitigen[3]); auf diese Verpflichtung finden die Vorschriften des § 2170 Abs. 2 entsprechende Anwendung[4]). Ist die Veräußerung oder die Belastung schenkweise erfolgt, so steht dem Bedachten, soweit er Ersatz nicht von dem Erben erlangen kann, der im § 2287 bestimmte Anspruch gegen den Beschenkten zu[5]).

E I 1956 Abs 3 Satz 2 II 2154 M 5, 337 P 5, 400, 401, 404, 405.

1. Ist das **vertragsmäßige Vermächtnis** (§ 2278 A 2) auch für den Fall angeordnet, daß sein Gegenstand nicht zur Erbschaft gehört, so bleibt der Beschwerte schon nach §§ 2169 Abs 1, 2170, 2182 Abs 2 zur Leistung verpflichtet, sofern der Gegenstand überhaupt noch vorhanden ist (Verschaffungsvermächtnis). Abs 1 macht darüber hinaus den Erben auch dann ersatzpflichtig, wenn er den Vermächtnisgegenstand, weil von ihm zerstört, beiseite geschafft oder beschädigt, nicht oder doch nicht unversehrt verschaffen kann (§§ 2171, 2172). Wenn es sich ferner um das Vermächtnis eines bestimmten in der Erbschaft vorhandenen Gegenstandes handelt, so wird gegen die Regel des § 2169 A 1 das Vermächtnis nicht schon dadurch unwirksam, daß dieser Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört. Allgemeine Voraussetzung ist jedoch, daß der Erblasser, indem er das Vermächtnis in dieser Weise **vereitelte,** dabei gegenüber dem Bedachten **in Beeinträchtigungsabsicht** gehandelt hat (§§ 2287 A 2).

2. An Stelle des eigentlichen Leistungsgegenstandes (§ 2174) und soweit er sich nicht mehr verschaffen läßt, tritt die **Verpflichtung des Erben zum Wertsersatz** und zwar des gemeinen Verkehrswertes im Zeitpunkte des Vermächtnisanfalls (§ 2176). Die Ersatzleistung liegt als Nachlaßverbindlichkeit in allen Fällen dem Erben (Vertrags- oder gewöhnlichen Erben) ob, auch wenn er mit dem ursprünglichen und von der Leistung freigewordenen Beschwerten nicht identisch ist.

3. Abs 2 handelt im Gegensatz zu den bloß tatsächlichen von rechtlichen Verfügungen, **böslichen Veräußerungen und Belastungen eines bestimmten Vermächtnisgegenstandes,** gleichviel ob ohne oder gegen Entgelt. Das Vermächtnis wird im Falle der Veräußerung durch den Erblasser dem Verschaffungsvermächtnis auch dann gleichgestellt, wenn es von vornherein nicht als solches gemeint war (§§ 2169 Abs 1, 2170). Ebenso entsteht im Falle der Belastung dem Vermächtnisnehmer stets der Anspruch auf Beseitigung der Rechte, der ihm sonst nach § 2165 grundsätzlich versagt ist.

4. Wertsersatz an Stelle der Verschaffung in Natur oder der Beseitigung der Belastung.

5. Während der Anspruch aus § 2287 von vornherein nur **gegen den Beschenkten** zusteht (A 4), haftet in den Fällen des Abs 1, tatsächlicher böslicher Vereitelung des Vermächtnisses, überhaupt nur der Erbe, in den Fällen des Abs 2 gleichfalls der Erbe, aber **aushilfsweise** innerhalb dreijähriger Verjährungsfrist auch der Beschenkte. Dem Bedachten liegt

deshalb der **Beweis** ob, daß und inwieweit er Ersatz vom Erben, der damit nur eine Nachlaßverbindlichkeit schuldet, nicht habe erlangen können. — Gegen Vereitelung von **Auflagen** ist kein Schutz gegeben.

§ 2289

Durch den Erbvertrag wird eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers aufgehoben, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde[1]). In dem gleichen Umfang ist eine spätere Verfügung von Todes wegen unwirksam, unbeschadet der Vorschrift des § 2297[2]).

Ist der Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling des Erblassers, so kann der Erblasser durch eine spätere letztwillige Verfügung die nach § 2338 zulässigen Anordnungen treffen[3]).

E I 1953 Abs 1 S 1, Abs 2 II 2155 M 5, 331, 322 P 5, 395, 396, 422; 6, 351—533.

1. Eine **frühere letztwillige Verfügung** wird nach § 2258 durch ein späteres Testament insoweit **aufgehoben**, als dieses mit der früheren Verfügung in Widerspruch tritt. Diese Wirkung äußert auch der Erbvertrag. Sie geht aber insofern weiter, als der rechtswirksame Erbvertrag auch frühere Verfügungen aufhebt, die rechtlich neben den neuen vertragsmäßigen, nach § 2278 Abs 2 auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen beschränkten Verfügungen bestehen könnten, aber wirtschaftlich das **Recht des Bedachten beeinträchtigen** würden. Es fallen insbesondere gegen die Regel des § 2161 früher angeordnete Vermächtnisse und Auflagen durch Einsetzung eines Vertragserben ohne weiteres zusammen. Ebenso die Ernennung eines Testamentsvollstreckers. Das vertragsmäßig zugewendete hat vor dem früher letztwillig angeordneten identischen Vermächtnis den Vorrang (KO § 226 Abs 3). Die Aufhebung reicht jedoch nur **soweit** als Beeinträchtigung vorliegt. Insoweit dies der Fall ist, können sich auf die Unwirksamkeit der früheren (wie der späteren) Verfügung auch Dritte berufen, z. B. der vom früher eingesetzten Erben verklagte Nachlaßschuldner, der zugunsten verschiedener Bedachter mit demselben Vermächtnis Beschwerte. Vorausgesetzt ist, daß der den Erbvertrag schließende Erblasser an die frühere letztwillige Verfügung nicht durch einen früheren Erbvertrag oder durch korrespektives Testament (§ 2271 Abs 1 und 2) **bereits gebunden** war. Inwieweit dies der Fall ist, beurteilt sich nach EG Art 214 Abs 2, gegebenenfalls nach dem älteren Rechte. Insoweit der Erblasser bereits gebunden ist, kann der neu Bedachte durch den Erbvertrag überhaupt keine Rechte erwerben und darin auch nicht beeinträchtigt werden. Die bloße Möglichkeit, sich von dieser Gebundenheit nachträglich zu befreien (§ 2271 A 5; Anfechtbarkeit des Erbvertrages §§ 2281 ff.; Rücktritt §§ 2293 ff.) genügt nicht, dem Erblasser die Vertragsfreiheit zu verschaffen. Dagegen ist der während des Zustandes der Gebundenheit geschlossene Erbvertrag voll wirksam, sobald dies Hindernis gehoben ist. Umgekehrt lebt aber auch die frühere letztwillige Verfügung wieder auf, wenn der neue, sie aufhebende Erbvertrag demnächst durch Aufhebung oder Rücktritt wieder beseitigt ist (vgl. auch § 2258) oder durch Wegfall des vertragsmäßig Bedachten vor oder nach dem Erbfall gegenstandslos wird, es wäre denn, daß die ältere Verfügung im Erbvertrag gemäß §§ 2299, 2254 schlechthin — ausdrücklich oder stillschweigend — widerrufen wäre.

2. **Spätere Verfügungen von Todes wegen** sind in gleichem Umfange, d. h. ipso jure insoweit **unwirksam**, als sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würden. Der Erblasser verliert insoweit die Testierfreiheit und kann sie nur durch Aufhebung des Erbvertrags oder Rücktritt, im Falle des § 2291 auch durch Zustimmung des andern Teils zurückgewinnen. Wie die Bezugnahme auf § 2297 ergibt, ist dies auch nach dem Tode des andern Vertragschließenden möglich. Mit Beseitigung der Gebundenheit erlangen auch die nach dem Erbvertrage getroffenen Verfügungen volle Wirksamkeit (A 1 a. E.). War dem Erblasser im Erbvertrag das Recht vorbehalten, allgemein oder innerhalb gewisser Grenzen spätere abweichende Verfügungen zu treffen, so kann, soweit hiervon Gebrauch gemacht wird, eine Beeinträchtigung des Bedachten nicht in Frage kommen. In dem bloßen Vorbehalt des Rücktritts (§ 2293) ist der Vorbehalt der Verfügungsfreiheit noch nicht zu erblicken. Daß ein neuer Erbvertrag derselben Vertragschließenden vollwirksam ist, ist selbstverständlich. Neues gemeinschaftliches Testament s. § 2292.

3. Der **pflichtteilsberechtigte Abkömmling** (§ 2303) kann vom Erblasser als anderer Vertragschließender oder als Dritter bedacht sein. Sind die Voraussetzungen des § 2338 (Enterbung in guter Absicht) gegeben, so wird angenommen, auch der andere Vertragsteil sei im Familieninteresse hiermit einverstanden. Der Erblasser darf deshalb diese letztwillige Anordnung sowohl bei Lebzeiten des andern Teils, auch ohne sein Vorwissen, als nach seinem Tode treffen. Auf diese Befugnis kann im Erbvertrage nicht wirksam verzichtet werden (§ 138 Abs 1). Dagegen ist der Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils gegenüber dem Bedachten auf Grund von § 2333 erst nach Erklärung des Rücktritts vom Erbvertrage (§ 2294), nach dem Tode des andern Vertragschließenden aber gemäß § 2297 berechtigt.

§ 2290

Ein Erbvertrag sowie eine einzelne vertragsmäßige Verfügung kann durch Vertrag von den Personen aufgehoben werden, die den Erbvertrag geschlossen haben[1]. Nach dem Tode einer dieser Personen kann die Aufhebung nicht mehr erfolgen[2].

Der Erblasser kann den Vertrag nur persönlich schließen[3]. Ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters[4].

Steht der andere Teil unter Vormundschaft, so ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich[5]. Das Gleiche gilt, wenn er unter elterlicher Gewalt steht, es sei denn, daß der Vertrag unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird[6].

Der Vertrag bedarf der im § 2276 für den Erbvertrag vorgeschriebenen Form[7] [8].

E I 1957 II 2156 M 5, 339—342 P 5, 407, 408; 6, 100.

1. Die **Aufhebung des Erbvertrags**, d. h. der Gesamtheit oder einzelner der darin getroffenen vertragsmäßigen Verfügungen (Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen § 2278 Abs 2) kann bei Lebzeiten der Vertragschließenden nur durch Vertrag derselben Personen erfolgen, mutuus dissensus. Inwieweit hiervon zugleich einseitige im Erbvertrag getroffene Verfügungen betroffen werden, bestimmt § 2299 Abs 3. Durch die Aufhebung werden auch die zugunsten Dritter getroffenen Verfügungen hinfällig. Ihrer Zustimmung bedarf es nicht, da sie durch den Vertragsabschluß eigene Rechte nicht erlangt haben. Wohl aber können sie schon vor dem Erbfall einen Verzichtsvertrag mit dem Erblasser schließen (§ 2352 A 2). Der Aufhebungsvertrag kann sich auch auf die gegenseitige Gebundenheit beschränken und die Verfügungen als einseitige inhaltlich bestehen lassen. Erleichterte Form bei Aufhebung von Vermächtnissen und Auflagen § 2291, Aufhebung durch gem. Testament § 2292.

2. **Nach dem Tode eines Vertragschließenden** ist die Aufhebung des Erbvertrags nur im Falle des § 2297, also nicht durch Vertrag mit den Erben des Zuerstverstorbenen möglich. Auch nicht (wie beim korrespektiven Testamente § 2271 und in dem besondern Falle des § 2298 Abs 2) wenn der Überlebende ausschlägt. Die ihm auferlegten Beschwerungen gehen vielmehr auf den nachrückenden Bedachten über (§§ 2161, 2192).

3. Für den **Erblasserteil** ist wie bei der Schließung (§ 2274), Bestätigung (§ 2284), beim Rücktritt (§ 2296) und grundsätzlich bei der Anfechtung (§ 2282) **persönliches Handeln** unerläßlich. Der geschäftsunfähig gewordene Erblasserteil kann deshalb den Erbvertrag überhaupt nicht wieder aufheben.

4. Auch der in der **Geschäftsfähigkeit beschränkte** Erblasser (§§ 106, 114) muß persönlich aufheben, bedarf aber hierzu weder der Zustimmung seines Vertreters noch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Ebenso bei der Anfechtung und beim Rücktritt §§ 2282 A 2, 2296 A 1.

5. Der **bloß annehmende Teil** kann bei dem Aufhebungsvertrag auch durch Vertreter handeln. Ist er geschäftsunfähig, so muß er dabei vertreten werden. Ist er beschränkt geschäftsfähig, so bedarf er, da er einen rechtlichen Vorteil aufgibt, nach § 107 der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Bezüglich dieser Einwilligung gilt das zu § 2275 A 3 Gesagte. **Genehmigung des Vormundschaftsgerichts** §§ 1828 ff. Pflegschaft § 1915.

6. Abweichend von der Schließung des Erbvertrags (§ 2275 A 1) ist bei der Aufhebung **Einwilligung des Gewalthabers** (§§ 1630, 1686) und sogar vormundschaftsgerichtliche Genehmigung notwendig. Nur die letztere — nicht auch die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter und Gewalthaber — ist entbehrlich, wenn es sich um einen Aufhebungsvertrag zwischen **Ehegatten und Verlobten** handelt.

7. **Form** des § 2276: Schließung vor Richter oder Notar unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile. Wird der Aufhebungsvertrag mit einem Ehevertrag oder mit Aufhebung, Änderung eines Ehevertrags verbunden (§ 1432), so genügt die erleichterte Form des § 2276 Abs 2. Verwahrung der über Aufhebung des Ehevertrags aufgenommenen Urkunde (§ 2277) kommt nicht in Frage. Anderseits ist Aufhebung durch Rücknahme des Erbvertrags aus der amtlichen Verwahrung (§ 2256) ausgeschlossen und, wenn sie doch erfolgte, als Aufhebung unwirksam.

8. **Anfechtung des Aufhebungsvertrags** ist nur nach den allgemeinen Grundsätzen über Anfechtung von Rechtsgeschäften möglich (§§ 119 ff., 142 ff.). Die besondern für An-

fechtung letztwilliger Verfügungen erteilten Vorschriften der §§ 2078 ff. könnten nur auf Grund von § 2279 (A 1) Anwendung finden, auf den Erblasserteil überdies nur dann, wenn der Aufhebungsvertrag im Sinne von § 2281 dem Erbvertrage gleichzustellen wäre. Allein Gegenstand der Anfechtung ist in dem hier vorausgesetzten Falle nicht eine vertragsmäßige Zuwendung oder Auflage, sondern das Gegenteil davon, die Beseitigung einer solchen Zuwendung 2c., somit ein rein verneinendes Ergebnis, das nicht einmal äußerlich, wie im Falle des § 2081, in Form einer letztwilligen Verfügung, sondern lediglich auf rechtsgeschäftlichem Wege hergestellt ist (a. M. Planck A 4). Nach erfolgreich durchgeführter Anfechtung lebt der aufgehobene Erbvertrag wieder auf (§ 142 Abs 1). Dagegen könnte die Aufhebung des aufhebenden Vertrags nur dann zur Wiederherstellung des Erbvertrags führen, wenn gemäß § 2279 der § 2257 entsprechend anwendbar wäre (so Planck A 5 und Zitate). Dies muß jedoch aus den gleichen Gründen wie bezüglich der Anfechtung verneint werden.

§ 2291

Eine vertragsmäßige Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, kann von dem Erblasser durch Testament aufgehoben werden[1]). Zur Wirksamkeit der Aufhebung ist die Zustimmung des andern Vertragschließenden erforderlich; die Vorschriften des § 2290 Abs. 3 finden Anwendung[2]).

Die Zustimmungserklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; die Zustimmung ist unwiderruflich[3]).

E II 2157 P 5, 415—417; 6, 397.

1. Gegenüber § 2290 ist für die Aufhebung eine **erleichterte Form** nachgelassen, soweit es sich um vertragsmäßige **Vermächtnisse oder Auflagen**, nicht also um Erbeinsetzungen handelt (§ 2278 Abs 1). Jede der nach §§ 2231—2251 zulässigen Testamentsformen genügt. Ob die Aufhebung schlechthin (§ 2254) oder durch Errichtung eines inhaltlich abändernden Testaments erfolgt (§ 2258 Abs 1), ist gleichgültig. Der Widerruf des aufhebenden Testaments macht nach §§ 2258 Abs 2, 2279 die aufgehobene Verfügung und zwar als vertragsmäßige von neuem wirksam, auch wenn die damit gegenstandslos gewordene Zustimmung des andern Teils erklärt war.

2. Die **Zustimmung des andern Vertragschließenden,** auch wenn er selbst nicht bedacht oder beschwert ist, ist als Einwilligung oder Genehmigung gegenüber dem Erblasserteile (§§ 182—184) in der Form des Abs 2, doch ohne das Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit, wie nach §§ 2276, 2290 zu erklären. Sie ist **unwiderruflich** (Abs 2), kann auch durch Vertreter abgegeben werden und bedarf unter den Voraussetzungen des § 2290 Abs 3 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Sie ist auch wirksam, wenn sie schon im Erbvertrage selbst erklärt ist, liegt aber nicht schon darin ausgesprochen, daß dem Erblasser der Rücktritt gemäß § 2293 gestattet ist. Aus § 2290 (A 2) ist zu entnehmen, daß die Zustimmung nach dem Tode des andern Vertragschließenden ausgeschlossen ist.

3. **Gerichtliche oder notarielle Beurkundung** wie bei der Anfechtungserklärung und beim Rücktritt §§ 2282, 2296. Im übrigen vgl. § 128, EG Art 141, FGG §§ 167 ff. Ähnlich bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft § 1516.

§ 2292

Ein zwischen Ehegatten geschlossener Erbvertrag kann auch durch ein gemeinschaftliches Testament der Ehegatten aufgehoben werden[1]); die Vorschriften des § 2290 Abs. 3 finden Anwendung[2]).

E II 2158 P 5, 446.

1. **Aufhebung des Erbvertrags durch gemeinschaftliches Testament** ist zulässig, wenn die Vertragschließenden zur Zeit der Aufhebung **Ehegatten** sind (§ 2265), mögen sie auch den Erbvertrag seinerzeit als Fremde oder als Verlobte geschlossen haben (RJA 9, 18). Wie im Falle des § 2291 A 1 genügt jede Testamentsform (beim Privattestament vgl. § 2267) und auch hier ist gleichgültig, ob sich das gem. Testament auf den Widerruf (sämtlicher oder einzelner Verfügungen) beschränkt oder inhaltlich neue Anordnungen trifft. Abweichend von § 2291 können auf diesem Wege auch vertragsmäßige Erbeinsetzungen aufgehoben werden. Eine Vertretung ist schon durch § 2064 ausgeschlossen.

2. Die **Beschränkung der Geschäftsfähigkeit** hindert jedenfalls den Erblasserteil nicht, den Erbvertrag durch widerrufendes Testament aufzuheben, weder nach Testamentsgrundsätzen (§ 2229, 2253) noch unter dem Gesichtspunkt des Aufhebungsvertrags

(§ 2290 A 4). Dagegen handelt es sich auf Seiten des andern bloß annehmenden Teils nicht um den Widerruf eigner Verfügungen, sondern um die Entlassung des Erblasserteils aus der vertragsmäßigen Gebundenheit. Er könnte deshalb, wenn er wegen Geistesschwäche ꝛc. entmündigt ist, nach § 2229 Abs 3 als an der Testamentserrichtung verhindert, angesehen werden. Allein die Bezugnahme auf § 2290 Abs 3 ergibt, daß das Gesetz die Fähigkeit des bloß annehmenden Teils zur testamentarischen Aufhebung des Erbvertrags lediglich nach den Grundsätzen über den Aufhebungsvertrag beurteilt wissen und dafür sogar erleichterte Formen schaffen will. Auch der beschränkt geschäftsfähige Ehegatte ist deshalb, insoweit er sich auf die Aufhebung des Erbvertrags beschränkt, trotz § 2229 Abs 3 testamentsfähig (a. M. Staudinger A 2). Doch bedarf er, wie die Bezugnahme auf § 2290 Abs 3 weiter ergibt, zu der aufhebenden Verfügung des gem. Testaments als Minderjähriger oder sonst in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters und zugleich, wenn er unter Vormundschaft (oder Pflegschaft) steht, vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung. Die letztere kommt jedoch nicht in Frage, wenn er der elterlichen Gewalt unterworfen ist, da es sich stets um Ehegatten handelt (§ 2290 A 6). Sie beschränkt sich auf den aufhebenden Teil des gem. Testaments, wenn darin zugleich andere Verfügungen getroffen sind. Eine nachträgliche Genehmigung der testamentarischen Aufhebung nach erlangter unbeschränkter Geschäftsfähigkeit kann den mangelhaften Testamentsakt nicht wirksam machen.

§ 2293

Der Erblasser kann von dem Erbvertrage zurücktreten, wenn er sich den Rücktritt im Vertrage vorbehalten hat[1]).

E I 1958 Abs 1 S 1 II 2159 M 5, 342, 343 P 5, 409.

1. **Vorbehalt des Rücktritts.** Der Rücktritt ist einseitige, von der Zustimmung des andern Teils (§§ 2290—2292) unabhängige Aufhebung des Erbvertrags. Form §§ 2296, 2297. Rücktritt von Verträgen §§ 346 ff. Der Vorbehalt, wie demnächst auch die Erklärung des Rücktritts können sich auf den ganzen Erbvertrag oder nur auf einzelne vertragsmäßige Verfügungen beziehen. Inwieweit im letzteren Falle auch die andern Verfügungen hiervon betroffen werden, bestimmt sich nach §§ 2298, 2299. Das Gesetz spricht nur von einem Vorbehalt zugunsten des Erblassers. Der Rücktrittsvorbehalt des andern, bloß annehmenden Vertragschließenden ist zulässig (a. M. Staudinger A 2), aber bedeutungslos. Denn wenn er hiervon (formlos) Gebrauch macht, so entfällt damit nur der Vertragscharakter der getroffenen Verfügungen. Als einseitige bleiben sie voll wirksam. Im übrigen wird durch den bloßen Vorbehalt des Rücktritts die Gebundenheit der Vertragschließenden nicht beseitigt, sie bleibt vielmehr mit ihren aus §§ 2287—2289 sich ergebenden Wirkungen bestehen, bis der Rücktritt erklärt ist. Kein Vorbehalt des Rücktritts ist es, wenn der Erblasser sich vorbehält, dem vertragsmäßig Bedachten einseitig noch Beschränkungen oder Beschwerungen aufzuerlegen. Ist der Erbvertrag unter einer auflösenden Bedingung, sei es auch eigenes Handeln des Erblassers (Wiederverheiratung) geschlossen, so wird er mit Eintritt der Bedingung ohne weiteres hinfällig. Die Ausübung des vorbehaltenen Rücktrittsrechtes ist an keine Frist gebunden. Nach dem Tode des andern Teils greift § 2297 Platz.

§ 2294

Der Erblasser kann von einer vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten, wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt[1]) oder, falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre[2]).

E II 2160 Abs 1 P 5, 395—397, 411—413; 6, 351—353.

1. Der **Erblasser kann wegen einer Verfehlung des Bedachten,** gleichviel ob es der andere Vertragschließende oder ein Dritter ist, einseitig von einer einzelnen zugunsten des Bedachten gereichenden vertragsmäßigen Verfügung (Erbeinsetzung, Vermächtnis § 2278 Abs 2) **zurücktreten** wenn ihn die Verfehlung gegenüber dem Bedachten als Abkömmling (§ 2333), als Elternteil (§ 2334) oder als Ehegatten (§ 2335) zur **Entziehung des Pflichtteils** berechtigen würde. Auf dieses Rücktrittsrecht kann im Erbvertrage nicht verzichtet (§ 138 Abs 1), es kann auch nach dem Tode des andern Vertragschließenden ausgeübt werden (§ 2297). Verfehlungen des nicht bedachten andern Teiles kommen nicht in Betracht. Ebensowenig Verfehlungen des Bedachten, die vor Abschluß des Vertrags begangen sind. Waren sie dem Erblasser unbekannt, so kann nur die Anfechtung aus §§ 2281, 2078 begründet sein (a. M

Strohal § 46 A 40). Ist das Entziehungsrecht durch Verzeihung oder Besserung des Lebenswandels erloschen (§§ 2337, 2336 Abs 4), so kann auch das Rücktrittsrecht nicht mehr ausgeübt werden. Doch wird der einmal erklärte Rücktritt durch nachträgliche Verzeihung oder Besserung nicht unwirksam (a. M. Strohal § 46 A 42). Daß der Grund des Rücktritts in der gegenüber dem andern Teil bei Lebzeiten abzugebenden Erklärung angegeben werden müsse (wie im Falle des § 2297 nach § 2336 Abs 2, so Strohal § 46 A 46a), schreibt das Gesetz nicht vor. Doch ist selbstverständlich für den Grund beweispflichtig, wer sich auf die Wirksamkeit des Rücktritts beruft. Daneben bleibt der Erblasser gemäß § 2289 Abs 2 zur Enterbung in guter Absicht berechtigt.

2. **Nichtpflichtteilsberechtigten Bedachten** gegenüber kommen nur die Verfehlungen des § 2333 in Betracht. — Ebenso beim gemeinschaftlichen Testament § 2271 A 5.

§ 2295

Der Erblasser kann von einer vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten, wenn die Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten[2]), dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren[1]), getroffen ist und die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird[3]).

E II 2161 P 5, 410, 411; 6, 353.

1. Der Erblasser kann, wie im Falle des § 2291 von einer einzelnen vertragsmäßigen Verfügung (Erbeinsetzung, Vermächtnis § 2278 Abs 2) zurücktreten, wenn der im Erbvertrag Bedachte (der andere Vertragschließende oder ein Dritter) **zu wiederkehrenden Leistungen auf Lebenszeit verpflichtet** war und diese Verpflichtung weggefallen ist. Diese Leistungen (§ 197 A 11) werden meist in Gewährung von Leibrente, Ausgedinge, Versorgung in einer Anstalt (Verpfründungsvertrag) u. dgl. bestehen. Die Unterhaltsgewährung ist nur beispielsweise erwähnt. Wenn es sich auch nicht um Leistung und Gegenleistung im eigentlichen Sinne handelt (§§ 320 ff.), so müssen doch die vertragsmäßige Verfügung und die Leistungsverpflichtung in einem gewissen ursächlichen Zusammenhange stehen („mit Rücksicht auf").

2. Wesentlich ist, daß der Bedachte **rechtsgeschäftlich**, unter Lebenden oder von Todes wegen (z. B. durch letztwillige Verfügung eines Dritten) zu der Leistung verpflichtet ist. Das Bestehen einer gesetzlichen, z. B. einer Unterhaltspflicht genügt nicht. Verpflichtet sich der Bedachte vertragsmäßig, so kann es auch im Erbvertrage selbst geschehen. Doch sind auch in diesem Falle die Verfügung von Todes wegen (im Erbvertrag) und die schuldrechtliche Verpflichtung unter Lebenden streng auseinander zu halten.

3. Das **Rücktrittsrecht** ist nur **bei Aufhebung**, nicht auch bei Nichterfüllung der **Verpflichtung** gegeben. Ebensowenig, wenn die Verpflichtung nicht entstanden, oder wenn sie nichtig ist. Wohl aber kann in diesen Fällen der Erblasser zur Anfechtung gemäß §§ 2281, 2078 Abs 2 berechtigt sein. Die Aufhebung kann vertragsmäßig erfolgen oder durch Eintritt von Bedingungen, Unmöglichkeit der Leistung (§ 275) u. dgl. herbeigeführt werden. In jedem Falle entsteht mit dem Rücktritte des Erblassers für den Verpflichteten der Anspruch auf Rückgabe des Geleisteten aus § 812 Abs 1 Satz 2. Handelt es sich auf Seiten des Bedachten um andere als wiederkehrende oder um zeitlich begrenzte Leistungen, so ist das Rücktrittsrecht aus § 2295 nicht gegeben. Der Erblasser kann aber den Erbvertrag jedenfalls anfechten, auf Grund des § 812 auch Befreiung von der eingegangenen vertragsmäßigen Bindung beanspruchen (a. M. Planck A 4 und Zit.). War die vertragsmäßige Zuwendung von vornherein durch das Fortbestehen der Leistungspflicht des Bedachten bedingt, so wird sie durch den Wegfall dieser Verpflichtung ohne weiteres hinfällig.

§ 2296

Der Rücktritt kann nicht durch einen Vertreter erfolgen. Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters[1]).

Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Vertragschließenden[2]). Die Erklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[3]).

E I 1958 II 2162 Abs 1, 2 M 5, 343, 344 P 5, 409, 410.

1. Abs 1 entspricht wörtlich der für die Anfechtung erteilten Vorschrift, s. § 2282 A 1/2. Der geschäftsunfähige Erblasser kann überhaupt nicht zurücktreten.

2. Die **Rücktrittserklärung** erfolgt in allen Fällen der §§ 2293—2295 **gegenüber dem andern Vertragschließenden** und zwar regelmäßig durch Übermittelung der betreffenden Urkunde gemäß §§ 130ff. (RG 65, 272). Auch dann, wenn der andere Teil mit dem Bedachten, aus dessen Person der Rücktrittsgrund abgeleitet wird, nicht identisch ist. Nach dem Tode des andern Teils vgl. § 2297. Der Rücktritt ist einseitig nicht widerruflich. Auch wenn er vertragsmäßig rückgängig gemacht wird, lebt (ebensowenig wie beim Widerruf des Aufhebungsvertrags § 2290 A 8 a. E.) der Erbvertrag nicht wieder auf (a. M. Planck A 4).

3. **Gerichtliche oder notarielle Beurkundung** § 128 EG Art 141; FGG §§ 167 ff. Andere Formen des Rücktritts können auch im Erbvertrage nicht wirksam vereinbart werden. — Ebensowenig beim Widerruf korrespektiver Verfügungen im gem. Testament § 2271 A 1.

§ 2297

Soweit der Erblasser zum Rücktritte berechtigt ist, kann er nach dem Tode des andern Vertragschließenden die vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufheben[1]). In den Fällen des § 2294 finden die Vorschriften des § 2336 Abs. 2 bis 4 entsprechende Anwendung[2]).

E I 1961 II 2163 M 5, 348, 349 P 5, 397, 421, 422.

1. **Nach dem Tode des andern Vertragschließenden** ist die Ausübung des **Rücktrittsrechtes** (§§ 2293—2295) **nur durch Testament** zulässig. Und zwar gleichviel ob der Rücktrittsgrund erst nach dem Tode oder schon bei Lebzeiten des andern Teils eingetreten ist. Doch verliert der Vorbehalt des Rücktritts beim zweiseitigen Erbvertrag mit dem Tode des Zuerstversterbenden seine Kraft, die Aufhebung ist jetzt nur noch unter Ausschlagung des Zugewendeten möglich (§ 2298 A 4). Die vertragsmäßige Verfügung (Erbeinsetzung, Vermächtnis, Auflage § 2278 Abs 2) kann im Testament schlechthin (§ 2254) oder auch mittelbar durch Errichtung eines der Verfügung widersprechenden Testaments aufgehoben werden (§ 2258). Wird das aufhebende Testament widerrufen, so tritt nach § 2257 der Erbvertrag wieder in Kraft. Eine Mitteilung an die Erben des andern Vertragschließenden ist nicht erforderlich, der bloß ihnen gegenüber erklärte Rücktritt wäre unwirksam.

2. Beruht der Rücktrittsgrund nach § 2294 auf **Verfehlung des Bedachten**, so ist der Erblasser — abweichend von der Rücktrittserklärung unter Lebenden, § 2294 A 1 — durch § 2336 Abs 2 genötigt, den Grund der Entziehung im Testament anzugeben. Dieser Grund muß ferner zur Zeit der Testamentserrichtung noch bestehen, er darf mithin weder verziehen (§ 2337) noch darf im Falle des § 2333 Nr. 5 Besserung des Lebenswandels eingetreten sein. Der Beweis des Rücktrittsgrundes liegt demjenigen ob, welcher die Aufhebung der Verfügung geltend macht. Auch nachträgliche Besserung macht nach § 2336 Abs 4 die Aufhebung hinfällig. Dagegen beseitigt nachträgliche Verzeihung, ebenso wie beim Rücktritt unter Lebenden (§ 2294 A 1) die einmal erklärte Aufhebung nicht (a. M. Strohal § 46 A 47). Für den nicht mit angezogenen § 2337 gewährt die Möglichkeit Ersatz, das aufhebende Testament zu widerrufen.

§ 2298

Sind in einem Erbvertrage von beiden Teilen vertragsmäßige Verfügungen getroffen, so hat die Nichtigkeit einer dieser Verfügungen die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge[1]).

Ist in einem solchen Vertrage der Rücktritt vorbehalten, so wird durch den Rücktritt eines der Vertragschließenden der ganze Vertrag aufgehoben[2]). Das Rücktrittsrecht erlischt mit dem Tode des andern Vertragschließenden[3]). Der Überlebende kann jedoch, wenn er das ihm durch den Vertrag Zugewendete ausschlägt, seine Verfügung durch Testament aufheben[4]).

Die Vorschriften des Abs. 1 und des Abs. 2 Satz 1, 2 finden keine Anwendung, wenn ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist[5]).

E I 1959, 1961 II 2164 M 5, 344—346, 348, 349 P 5, 413, 414, 421, 422.

1. § 2298 hat zur Voraussetzung einen **zweiseitigen Erbvertrag**, bei dem beide Vertragschließende als Erblasser — sei es zugunsten des andern Teils oder von Dritten — vertragsmäßige Verfügungen (Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen § 2278 Abs 2) getroffen haben. Soweit eine derartige gegenseitige Bindung vorliegt, nimmt das Gesetz ohne weiteres, wiewohl unter Vorbehalt des Gegenbeweises nach Abs 3, ein korrespektives Verhältnis der mehreren Verfügungen an. Es läßt deshalb ebenso wie gemäß § 2270 Abs 1 beim wechselseitigen Testamente, bei **Nichtigkeit** auch nur **einer Verfügung den ganzen Erbvertrag**, d. h. sämtliche darin getroffenen vertragsmäßigen Verfügungen ipso

jure **unwirksam** werden. Die Nichtigkeit der Verfügung kann von Anfang an gegeben sein oder als Erfolg der Anfechtung eintreten (§ 142 Abs 1). Bloßes Unwirksamwerden infolge Wegfalls des darin Bedachten (durch Ausschlagung 2c.) genügt nicht. Inwieweit Nichtigkeit einer vertragsmäßigen Verfügung auch den Bestand einseitiger im Erbvertrag getroffenen Verfügungen (§ 2299) beeinflußt, ist nach § 2085 zu beurteilen.

2. Entsprechend dem Widerruf im Falle des § 2270 wirkt auch der **Rücktritt Aufhebung des ganzen Erbvertrags** im Sinne von Abs 1. Auch hier ist vorausgesetzt, daß es sich um einen zweiseitigen Erbvertrag handelt. Ferner, daß sich der eine oder der andere Teil gemäß § 2293 den Rücktritt vorbehalten hatte. Nicht getroffen werden deshalb die Fälle des Rücktritts wegen einer Verfehlung des Bedachten (§ 2294) und wegen Wegfalls einer ihm auferlegten Verpflichtung (§ 2295). Auch hier ist lediglich § 2085 entscheidend. Dasselbe gilt, wenn der Rücktritt nur in bezug auf eine einzelne vertragsmäßige Verfügung ausgeübt wird. Bezüglich einseitiger Verfügungen vgl. § 2299 Abs 3.

3. Das **Erlöschen des Rücktrittsrechts mit dem Tode des andern Vertragschließenden** (s. jedoch A 4) ist gleichfalls eine Besonderheit, die weder für den einseitigen Erbvertrag (s. § 2297 A 1) noch für die Rücktrittsfälle der §§ 2294, 2295 Geltung hat. Hat sich der Überlebende im Erbvertrage den Rücktritt nicht sowohl vom Vertrage, als nur von einer einzelnen Verfügung vorbehalten, so kann er im Rahmen dieses Vorbehalts auch nach dem Tode des Zuerstverstorbenen abweichende Verfügungen treffen (a. M. Planck A 3, b). Kein Erlöschen des Anfechtungsrechts § 2281 Abs 2.

4. Ebenso wie im Falle des korrespektiven Testaments (§ 2271 A 4) kann der Überlebende von dem im Erbvertrage vorbehaltenen Rücktritt auch dann noch Gebrauch machen, wenn er die ihm selbst gemachten **vertragsmäßigen** — nicht notwendig auch die einseitigen — **Zuwendungen ausschlägt.** Es besteht mithin kein Rücktrittsrecht, wenn nur Dritte im Erbvertrag bedacht waren. Eine etwaige Ausschlagung des Dritten ist ohne Bedeutung. Der Rücktritt geschieht jetzt im Wege des **Testaments**, sei es daß darin schlechthin widerrufen wird (§ 2254), oder daß inhaltlich vom Erbvertrag abweichende Verfügungen getroffen werden (§ 2258). Im einzelnen gilt auch hier das § 2271 A 4 Gesagte.

5. Das Gesetz gibt nur **Auslegungsregeln.** Insbesondere ist der Nachweis zugelassen, daß der eine der beiden Erblasser die selbständige Geltung seiner Verfügung gewollt habe und sie im Sinne von §§ 2085, 2270 A 1 auch ohne die nichtige oder widerrufene Verfügung des andern Teils getroffen haben würde. Die in § 2270 Abs 2 in dieser Beziehung aufgestellten Rechtsvermutungen sind hier nicht ohne weiteres maßgebend. Im übrigen handelt es sich um nachgiebiges Recht. Der Wille der Vertragschließenden soll entscheiden, auch wenn er nicht im Erbvertrage selbst Ausdruck gefunden hat. Das Rücktrittsrecht selbst wurzelt im Falle des Vorbehalts nur im Parteiwillen. Es kann deshalb jedenfalls wirksam bedungen sein, das vorbehaltene Rücktrittsrecht solle mit dem Tode des Zuerstverstorbenen nicht erlöschen. Von der für diesen Fall erteilten Formvorschrift: Gebrauch der Testamentsform, kann der Überlebende allerdings nicht entbunden werden. Dagegen ist nicht abzusehen, warum er nicht von der materiellrechtlichen Verpflichtung: Ausschlagung des Zugewendeten als Vorbedingung des Rücktritts, vertragsmäßig befreit werden könnte. Umgekehrt kann der Rücktrittsvorbehalt aus § 2293 wirksam dahin eingeschränkt werden, daß der Rücktritt nur bei Lebzeiten des andern Teils zulässig, nach seinem Tode aber selbst mit dem Opfer der Ausschlagung nicht gestattet sein solle. Es ist daher ohne sachliche Bedeutung, wenn Abs 2 Satz 3 in Abs 3 nicht mit angezogen ist (a. M. Staudinger A 6). Der Beweis, daß ein anderer Vertragswille vorliege, ist von dem zu führen, der sich hierauf beruft.

§ 2299

Jeder der Vertragschließenden kann in dem Erbvertrag einseitig jede Verfügung treffen, die durch Testament getroffen werden kann[1]).

Für eine Verfügung dieser Art gilt das Gleiche, wie wenn sie durch Testament getroffen worden wäre[2]). Die Verfügung kann auch in einem Vertrag aufgehoben werden, durch den eine vertragsmäßige Verfügung aufgehoben wird[3]).

Wird der Erbvertrag durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder durch Vertrag aufgehoben, so tritt die Verfügung außer Kraft, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist[4]).

E I 1955, 1956 Abs 1, 1960 II 2165 M 5, 333, 347, 348 P 5, 398—404, 415—418.

1. **Einseitige Verfügungen** (§ 1937) im Gegensatze zu den vertragsmäßigen können gelegentlich des Erbvertrags oder Ehevertrags (§ 2276 Abs 2) in demselben Rechtsakte von

dem einen oder dem andern Vertragschließenden, auch von dem bloß annehmenden Teile getroffen werden. Sie können zum **Gegenstand** haben sowohl Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen, wenn vertragsmäßige Gebundenheit (§ 2278 Abs 2) nicht beabsichtigt ist, als letztwillige Anordnungen jeder andern Art (vgl. § 2278 A 2). Voraussetzung ist, daß sie in einem gültigen Erbvertrag getroffen sind. Ist dieser wegen Formmangels, infolge durchgeführter Anfechtung oder aus andern Gründen nichtig, so fallen damit auch die einen Bestandteil des Erbvertrags bildenden einseitigen Verfügungen zusammen.

2. Die **Anwendung der Testamentsvorschriften** bezieht sich zwar nicht auf die Testamentsform. Wohl aber wird persönliche Errichtung (§ 2064) und Testierfähigkeit gemäß § 2229 erfordert. Die verminderten Erfordernisse des Erbvertrags im Falle des § 2275 A 2 genügen nicht. Umgekehrt können, wenn der Erbvertrag als solcher z. B. wegen verweigerter Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 2275 A 3) unwirksam, aber den Testamentsvorschriften entsprochen ist, die einseitigen Verfügungen als gemeinschaftliches Testament wenigstens dann aufrecht erhalten werden, wenn der Vertrag unter Ehegatten geschlossen ist (§ 2265).

3. Daß die einseitige Verfügung von dem Verfügenden (selbstverständlich nicht auch vom andern Teile) durch Testament jederzeit frei widerrufen werden kann, ergeben §§ 2253, 2254, 2258. Es kann aber auch **durch aufhebenden Vertrag** gemäß § 2900 geschehen, wenn er sich nicht auf die einseitige Verfügung beschränkt, sondern zugleich mindestens eine vertragsmäßige Verfügung aufhebt. Daß die aufzuhebende einseitige und die vertragsmäßige Verfügung in einem und demselben Erbvertrag getroffen sein müßten, fordert das Gesetz nicht (a. M. Planck A 3, b; Staudinger A 2, a).

4. Die **Aufhebung des ganzen Erbvertrags** durch Rücktritt (§§ 2293—2297), wenn er von dem Urheber der Verfügung ausgeht, oder durch Vertrag (§ 2290), wirkt im Zweifel auch als Aufhebung der darin enthaltenen einseitigen Verfügung. Einen andersgearten Willen des Erblassers hat zu beweisen, wer die fortdauernde Geltung der einseitigen Verfügung behauptet (vgl. auch § 2298 Abs 3). Beschränkt sich der Rücktritt oder die Aufhebung auf eine einzelne vertragsmäßige Verfügung, so tritt Unwirksamkeit der einseitigen Verfügung nur unter den Voraussetzungen des § 2085 ein.

§ 2300

Die für die Eröffnung eines Testaments geltenden Vorschriften der §§ 2259 bis 2263, 2273 finden auf den Erbvertrag entsprechende Anwendung[1]), die Vorschriften des § 2273 Satz 2, 3 jedoch nur dann, wenn sich der Erbvertrag in besonderer amtlicher Verwahrung befindet[2]).

E I 1945 Satz 3 II 2166 M 5, 319 P 5, 381, 382, 459.

1. **Entsprechende Anwendung** von § 2259: Pflicht zur Ablieferung des urschriftlichen Erbvertrags an das Nachlaßgericht (KGJ 36 A 91). Sie trifft auch die Notare und zwar ohne Unterschied, ob sich der Vertrag offen oder verschlossen bei ihnen in gewöhnlicher oder in besonderer amtlicher Verwahrung befindet. Auch dann, wenn der Vertrag vor 1. 1. 00 errichtet, der eine oder der andere Erblasser aber nach diesem Zeitpunkt verstorben ist (RG 48, 96). Ob der abgelieferte Vertrag bei dem Nachlaßgericht zu verbleiben hat oder dem Notar nach geschehener Eröffnung zurückzugeben ist, bestimmt sich nach Landesrecht (RG 53, 390). § 2260: Eröffnungstermin und Verkündung durch das Nachlaßgericht oder § 2261: durch ein anderes Gericht. Beschwerderecht des Nachlaßgerichts gegen verweigerte Übersendung der Urschrift KGJ 37 A 127. § 2262: Benachrichtigung der nichterschienenen Beteiligten. § 2263: Nichtigkeit des Eröffnungsverbots. Das Recht auf Einsicht und Erteilung von Abschriften steht den Interessenten zu (RG 53, 393), zwar nicht auf Grund des nicht mit angezogenen § 2264, wohl aber nach FGG § 34.

2. Die **Verfügungen des überlebenden Vertragschließenden** sind, soweit sie sich sondern lassen, nach § 2273 Satz 1 **nicht zu verkünden.** Es bedarf aber keiner Abschrift von den Verfügungen des Erstverstorbenen und keiner neuen amtlichen Verwahrung (§ 2273 Satz 2, 3), wenn der Erbvertrag gemäß § 2277 A 3/4 von vornherein nur in gewöhnliche amtliche Verwahrung genommen war.

§ 2301

Auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung erteilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt[1]), finden die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung[2]). Das Gleiche gilt für ein schenkweise unter dieser Bedingung erteiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art[3]).

Vollzieht der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes[4]), so finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung[5]).

E I 1963 II 2167 M 5, 350—352 P 5, 460—462.

1. **Schenkung von Todes wegen.** Das Schenkungsversprechen steht im Gegensatz zu der vollzogenen Schenkung des Abs 2. Der bloß Versprechende will nicht, daß der Gegenstand der Schenkung jetzt schon aus seinem Vermögen ausscheide. Will er aber jetzt schon dem Beschenkten oder seinen Erben endgültig zur Leistung verpflichtet sein, so handelt es sich lediglich um Schenkung unter Lebenden, auch dann, wenn die Erfüllung bis nach dem Tode des Schenkers hinausgeschoben ist. Es kommt mithin nur § 518 zur Anwendung. Dasselbe gilt, wenn die Schenkung in sonstiger Weise, z. B. durch Überstehen einer gemeinsamen Gefahr bedingt ist. Anders dagegen wenn der Schenker an sein Versprechen nur **unter der Bedingung** gebunden sein will, **daß ihn der Beschenkte überlebt.** Der Eintritt gerade dieser Bedingung, die nicht förmlich und nicht ausdrücklich erklärt zu sein braucht, bildet nach §§ 1923, 2074, 2160 die allgemeine Voraussetzung letztwilliger Verfügungen. Deshalb sind folgerichtig auch die hierfür geltenden Formen zu beobachten. Die Form des § 518 A 2 genügt nicht.

2. Nach den Vorschriften über **Verfügungen von Todes wegen** ist das Schenkungsversprechen als einseitiges im Testament (§§ 1937, 1939) oder gemäß § 2299 im Erbvertrag, als angenommenes Versprechen oder Vertrag im Erbvertrage zu erteilen und nur bei Einhaltung dieser Formen bindend. Je nachdem das ganze Vermögen oder nur einzelne Gegenstände zugewendet sind, gestaltet sich das Schenkungsversprechen als Erbeinsetzung oder Vermächtnis. Für den Widerruf kommen deshalb nicht §§ 530—533, sondern nur §§ 2253 ff., 2271 beim Testament und §§ 2290 ff., 2293 ff. beim Erbvertrag in Betracht. Dies gilt auch dann, wenn dem Privattestamente die Annahmeerklärung des Beschenkten hinzugefügt sein sollte.

3. Entsprechend § 518 Abs 1 Satz 2 sind das **Schuldversprechen** (§ 780) und das **Schuldanerkenntnis** (§ 781) unter die gleichen Vorschriften gestellt, wenn dem abstrakten Vertrag eine an die Bedingung des Überlebens des Beschenkten geknüpfte Schenkung zugrunde liegt.

4. Die **Schenkung ist vollzogen** durch Bewirkung der versprochenen oder der im Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis übernommenen Leistung (s. § 518 A 4). Hierzu genügt nicht die bloße Übergabe eines Schuldscheins, sei es auch mit der Ermächtigung, den Schenkungsgegenstand nach dem Tode des Schenkers von dem dritten Schuldner in Empfang zu nehmen (RG JW 04, 337[3]), auch nicht der Vermerk auf einem vom Beschenkten ausgestellten Schuldschein, der Schein werde mit dem Tode des Erblassers ungültig (RG Warn 08 Nr 302), wohl aber Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 931 (RG Warn 09 Nr 33). Das Letztere wird regelmäßig bei Übergabe eines Sparkassenbuchs anzunehmen sein. Es macht keinen Unterschied, ob die Leistung gleichzeitig mit der Schenkung oder erst hinterher, mit der Absicht, das vorausgegangene Schenkungsversprechen zu erfüllen, bewirkt ist (a. M. Staudinger A 4).

5. Nach den **Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden** (§ 518 Abs 2) macht die Vollziehung der Schenkung zugleich die Beobachtung der Form überflüssig. Damit entfällt auch die Form der Verfügung von Todes wegen. Der Vorbehalt des Widerrufs ist auch bei der vollzogenen Schenkung zulässig. Im übrigen bestimmt sich der Widerruf nach §§ 530 bis 533. Auch die vollzogene Schenkung von Todeswegen steht unter der Bedingung des Überlebens des Beschenkten. Sie wird regelmäßig als auflösende aufzufassen sein, in dem Sinne, daß die Schenkung mit dem früheren Tode des Beschenkten an den Schenker zurückfallen soll. Sie kann aber auch aufschiebend gewollt sein, wenn der Beschenkte den ihm jetzt schon übereigneten Schenkungsgegenstand endgültig erst mit dem Tode des Schenkers haben und behalten soll (§ 158). — Anrechnung der Schenkung auf den Pflichtteil § 2315; Ergänzung des Pflichtteils § 2325.

§ 2302

Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig[1]).

E I 1754 II 2168 M 5, 8 P 5, 5, 462.

1. Das Gesetz kennt zwar eine erbrechtliche Bindung des Erblassers durch Erbvertrag (§ 2278 A 1) und im Falle des § 2271 Abs 2 durch Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments, erklärt aber darüber hinaus zur Wahrung völliger **Testierfreiheit** jede vertragsmäßige

Beschränkung des Erblassers in Beziehung auf Verfügungen von Todes wegen (§ 1937 A 1) für n i c h t i g. Diese von jedermann geltend zu machende Nichtigkeit ergreift auch etwa bedungene Vertragsstrafen (§ 344). Ebensowenig begründet der Bruch solchen nichtigen Vertrags eine Schadensersatzpflicht. Auch im E r b v e r t r a g e können die Vertragschließenden auf das Recht der Aufhebung gemäß §§ 2290—2292 oder des Rücktritts gemäß §§ 2294, 2295 nicht wirksam verzichten. Die Verpflichtung, keine Verfügung von Todes wegen zu errichten, kann schon nach § 2278 Abs 2 nicht vertragsmäßig eingegangen werden. Sie wäre nur zu halten, wenn sie sich in eine Erbeinsetzung der gesetzlichen Erben umdeuten läßt. Die Verpflichtung, eine ältere Verfügung von Todes wegen nicht aufzuheben, wäre nur wirksam, wenn diese Verfügung, einen dem § 2278 Abs 2 entsprechenden Inhalt (Erbeinsetzung, Vermächtnis, Auflage) vorausgesetzt, inhaltlich oder in überreichter Urschrift auf dem Wege des § 2238 (vgl. § 2276 A 2) zum Bestandteil des Erbvertrags gemacht würde. Die bloße Bezugnahme auf eine ältere Verfügung kann schon wegen Unzulässigkeit des mystischen Testaments nicht genügen (§ 2086 A 1). Noch weniger kann sich der Erblasser e i n s e i t i g in der Testierfreiheit beschränken oder die Gültigkeit späterer Verfügungen von der Einhaltung selbst gesetzter Formen abhängig machen (derogatorische Klausel § 2253 A 1). Bei Nichtbeobachtung dieser Formen kann jedoch der Zweifel entstehen, ob die errichtete Verfügung von Todes wegen als fertige und gültige gewollt sei.

Fünfter Abschnitt

Pflichtteil

Das BGB kennt keine Noterben, gestattet vielmehr dem Erblasser auch seine nächsten Angehörigen von der Erbfolge auszuschließen, läßt aber gerade hierdurch für Abkömmlinge Eltern und Ehegatten das Recht auf den Pflichtteil, gleich der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils, als Geldanspruch gegen den Nachlaß entstehen (§§ 2303, 2307). Dieses Recht darf grundsätzlich nicht beschwert oder beschränkt werden (§ 2306) und ist nur unter den Voraussetzungen der §§ 2333—2337 entziehbar. Enterbung in guter Absicht § 2338. Ist der Pflichtteilsberechtigte, gegen die Regel des § 2304, als Erbe eingesetzt, oder nach § 2307 mit einem Vermächtnis abgefunden, so hat er den Anspruch auf Vervollständigung des Pflichtteils, wenn er zu gering bedacht ist. Sonst muß er ausschlagen, um den Pflichtteil fordern zu können (§§ 2305—2307). Anfechtung dieser Ausschlagung § 2308. Das Pflichtteilsrecht nachrückender Abkömmlinge und der Eltern ist durch dasjenige des weggefallenen Vorberechtigten beeinflußt (§ 2309). Die Grundsätze über die Berechnung des Pflichtteils sind in §§ 2310—2313, mit Rücksicht auf die Ausgleichungspflicht unter Abkömmlingen in § 2316 enthalten. Sie verwickeln sich, wenn zugleich nach § 2315 die Anrechnung einer unter Lebenden gemachten Zuwendung auf den Pflichtteil angeordnet ist. Pflichtteilsschuldner ist grundsätzlich der Erbe, der nach § 2314 auch auskunftspflichtig ist. Er kann aber nach näherer Vorschrift der §§ 2318 bis 2324 durch entsprechende Kürzungen auch Vermächtnisnehmer und Auflagenbeteiligte zur Tragung der Pflichtteilslast mit heranziehen. Als außerordentliches, wiewohl mit in den Rahmen des Pflichtteilsanspruchs fallendes Rechtsmittel steht endlich dem durch Schenkungen unter Lebenden verkürzten Pflichtteilsberechtigten nach §§ 2325—2331 der Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils (querela inofficiosae donationis), grundsätzlich gegen den Erben, ausnahmsweise auch unmittelbar gegen den Beschenkten zu (§ 2329). Verjährung des Pflichtteilsanspruchs § 2332.

§ 2303

Ist ein Abkömmling[1]) des Erblassers durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen[2]), so kann er von dem Erben den Pflichtteil verlangen[3]). Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils[4]).

Das gleiche Recht steht den Eltern und dem Ehegatten des Erblassers zu, wenn sie durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sind[1]).

E I 1975 Abs 1, 1976 Abs 2, 1978 M 5, 382—391 P 5, 497—500.

1. Das **Pflichtteilsrecht** steht nur zu den **Abkömmlingen** (§ 1924 A 2, beim Zusammentreffen mit der märkischen Witwe **RG** 65, 249), den **Eltern** (§ 1925 A 2) und dem **Ehegatten** (§§ 1931—1933), nicht auch den Geschwistern, Voreltern und sonstigen Verwandten des Erblassers. Beschränkung der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern § 2309, Voraus des

Ehegatten § 2311 A 2. Abfindung des unehelichen Kindes mit dem Pflichtteilsbetrage durch den Erben des Vaters § 1712 Abs 2.

2. Voraussetzung ist, daß der betreffende Pflichtteilsberechtigte **durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen** worden ist. Und zwar von jeder, nicht bloß von der gesetzlichen Erbfolge, sei es positiv durch vollständige Vergebung des Nachlasses oder durch Beschränkung auf einen die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht erreichenden Anteil am Nachlasse, sei es negativ durch die Anordnung, daß er nichts erhalten solle. Im übrigen vgl. § 1938 A 3. Ist ein zur Zeit des Erbfalls vorhandener Pflichtteilsberechtigter unabsichtlich übergangen, so kann er nach §§ 2079, 2281 Abs 1 die Verfügung von Todes wegen anfechten und sich damit das volle gesetzliche Erbrecht verschaffen.

3. Der ausgeschlossene Pflichtteilsberechtigte erwirbt mit dem Erbfall als Nachlaßgläubiger (§ 1967 A 4) den ordentlichen **Pflichtteilsanspruch** auf eine der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils gleichkommende Geldsumme als persönlichen Anspruch gegen den Erben (§ 2317). Daneben steht ihm nach §§ 2325—2331 als außerordentliches Rechtsmittel der Ergänzungsanspruch zu, soweit der Nachlaß innerhalb der letzten 10 Jahre vor dem Erbfall durch Schenkungen vermindert worden ist. Ist der Pflichtteilsberechtigte gegen die Vermutung des § 2304 als Erbe eingesetzt, so vermindert sich der Pflichtteilsanspruch, soweit er als Erbe bedacht ist (§ 2305). Ähnlich beim Vermächtnis § 2307 Abs 1. Beschränkungen und Beschwerungen des Pflichterbteils werden nach § 2306 ohne weiteres hinfällig.

4. Der Pflichtteil ist regelmäßig nicht selbst Erbteil, sondern bemißt sich nur wirtschaftlich und ziffernmäßig nach der **Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils.** Dieser „Erbteil" ist identisch mit dem ganzen Nachlaß, wenn der Pflichtteilsberechtigte der einzige gesetzliche Erbe sein würde. Berechnungsgrundsätze §§ 2311 ff. Und zwar ist der Erbteil zugrunde zu legen, der dem betreffenden Pflichtteilsberechtigten gebührt hätte, wenn er im Augenblicke des Erbfalls aus eigenem Rechte gesetzlicher Erbe des betreffenden Erblassers geworden wäre, sei es auch, daß ihm vorgehende Pflichtteilsberechtigte erst nach dem Erbfall weggefallen sind (vgl. aber auch §§ 2309, 2310). Verzicht auf den Pflichtteil § 2346 Abs 2, Entziehung des Pflichtteils §§ 2333—2337.

§ 2304

Die Zuwendung des Pflichtteils ist im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen[1]).

E I 1977 II 2170 M 5, 891 P 5, 499, 500.

1. **Auslegungsregel,** wonach die Zuwendung des Pflichtteils dem Bedachten im Zweifel nicht die Erbenstellung (§ 2087), sondern nur ein Forderungsrecht gegen den Nachlaß (§ 2317) verschaffen will. Ob ihm dies Forderungsrecht schlechthin, oder als Gegenstand eines Vermächtnisses zukommen soll, so daß § 2307 anwendbar wäre, ist ebenfalls Auslegungsfrage. Zweifel können selbst dann bestehen, wenn der Ausdruck „Erbe" gebraucht ist, der Erblasser sich aber hierbei im Ausdruck vergriffen hat (RG 22. 11. 06 IV 186/06). Den Beweis, daß Erbeinsetzung gewollt sei, hat zu führen, wer daraus Rechte herleitet, z. B. der Gläubiger, der den Pflichtteilsberechtigten wegen einer Nachlaßverbindlichkeit in Anspruch nimmt.

§ 2305

Ist einem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil hinterlassen, der geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils[1]), so kann der Pflichtteilsberechtigte von den Miterben als Pflichtteil den Wert des an der Hälfte fehlenden Teiles verlangen[2]).

E I 1979 II 2171 M 5, 891, 892 P 5, 500—503.

1. Vorausgesetzt ist, daß der Pflichtteilsberechtigte (gegen die Vermutung des § 2304) zwar als **Erbe** eingesetzt, gleichwohl aber im Pflichtteil geschmälert ist, sei es, daß er ausdrücklich **auf weniger als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils** berufen ist, oder daß ihm infolge der sonstigen Vergebungen des Nachlasses nicht einmal diese Hälfte verbleibt. Ist er als Vermächtnisnehmer bedacht, so gilt § 2307, im Falle der Beeinträchtigung des Pflichtteils durch der Erbeinsetzung hinzugefügte Beschränkungen und Beschwerungen § 2306.

2. Der Bedachte bleibt jedenfalls Erbe zu dem ihm zukommenden Bruchteil der Erbschaft. Daneben steht ihm, insoweit als Nachlaßgläubiger, der **Geldanspruch** des § 2317 **auf den Fehlbetrag** zu, der sich als Unterschied zwischen dem Schätzungswerte des ihm ausgesetzten und der Hälfte des gesetzlichen Erbteils ergibt. Auf diesen Geldanspruch bleibt er auch dann beschränkt, wenn er als Erbe ausschlagen sollte. Namentlich ist er

in diesem Falle nicht berechtigt, etwa den vollen gesetzlichen Erbteil (§ 1948 A 1) oder auch nur den vollen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen. Auch der so beschränkte Pflichtteilsanspruch begründet eine Nachlaßverbindlichkeit und ist gemäß § 2046 bei der Auseinandersetzung zu erledigen, an der ja der Pflichtteilsberechtigte als Miterbe gleichfalls teilnimmt. Beschränkte Haftung der übrigen Erben § 2063 A 2, Pflichtteilslast § 2319. Von einer „Ergänzung" des Pflichtteils im technischen Sinne spricht das Gesetz nur, wenn eine Beeinträchtigung durch Schenkung unter Lebenden eingetreten ist (§§ 2325 ff.).

§ 2306

Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter[1]) durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert[2]), so gilt die Beschränkung oder die Beschwerung als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt[3]). Ist der hinterlassene Erbteil größer, so kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt[4]); die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerung Kenntnis erlangt[5]).

Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist[6]).

E I 1981 Abs 1 Satz 1, Abs 2, 2034 Abs 1 II 2172 M 5, 394—399, 504, 505 P 5, 506—510, 514—516, 627; 6, 354.

1. Wie im Falle des § 2305 ist vorausgesetzt, daß, gegen die Vermutung des § 2304, der **Pflichtteilsberechtigte als Erbe berufen** ist. Ist er mit einem Vermächtnis bedacht, so gilt § 2307.

2. Beschränkungen und Beschwerungen des dem Pflichtteilsberechtigten ausgesetzten Erbteils werden vom Gesetz verschieden behandelt, je nachdem dieser Erbteil den Pflichtteil nicht übersteigt (ihm gleichkommt oder dahinter zurückbleibt), oder größer ist als der Pflichtteil. Als Beschränkungen kommen nur in Betracht: a) Einsetzung eines Nacherben hinter dem als Vorerben berufenen Pflichtteilsberechtigten (§ 2100). So insbesondere, wenn der überlebende Ehegatte als Vorerbe, die Kinder als Nacherben berufen sind. Dagegen kommt § 2306 nicht in Frage, wenn die Kinder durch gemeinschaftliches Testament nach dem Überlebenden schlechthin als Erben des gesamten beiderseitigen Nachlasses berufen und damit zugleich von der Erbfolge in den Nachlaß des Zuerstverstorbenen ausgeschlossen sind (§ 2269 A 2). Den Fall, daß der Pflichtteilsberechtigte selbst als Nacherbe eingesetzt ist, behandelt Abs 2 (A 6). b) Ernennung eines Testamentsvollstreckers. Sie beschränkt den Erben sowohl in der Richtung der §§ 2203, 2204, als insbesondre dadurch, daß er über einen der Verwaltung des TV unterliegenden Gegenstand nicht verfügen kann (§ 2211). c) Teilungsanordnungen § 2048 A 1. Die Aufzählung der für den Pflichtteilsberechtigten nicht verbindlichen Beschränkungen ist erschöpfend. Es gehören deshalb nicht hierher die sogen. familienrechtlichen Anordnungen, z. B. Bestimmung des Pflichtteils zum Vorbehaltsgut §§ 1369, 1638 u. dgl. Ebensowenig die Erbeinsetzung unter einer Bedingung. Für den maßgebenden Zeitpunkt des Erbfalls (§ 2317) ist der so Bedachte jedenfalls ausgeschlossen. Ob ihm auch nur die Nacherbenstellung gemäß § 2105 zukommt, bleibt ungewiß. Er ist deshalb auch nicht im Sinne von Abs 2, d. h. unbedingt als Nacherbe eingesetzt. Daraus folgt, daß er sogleich den Pflichtteil fordern kann, ohne zur Ausschlagung genötigt zu sein. Nimmt er aber nach Eintritt der Bedingung den Erbteil an, so versteht sich von selbst, daß er sich den bereits empfangenen Pflichtteil hierauf anrechnen zu lassen oder ihn zurückzugeben hat. Dasselbe gilt, wenn der Pflichtteilsberechtigte nur zum Ersatzerben berufen ist (§ 2096). War der Erblasser nach §§ 2333 ff. zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt, hat er aber statt dessen in den Formen des § 2306 Beschränkungen und Beschwerungen des Pflichtteilsberechtigten angeordnet, oder hat er unter den Voraussetzungen des § 2338 in guter Absicht verfügt, so kann sich der Bedachte hiervon nicht durch Berufung auf § 2306 befreien. Beschränkungen rc., die schon vor dem Erbfall oder durch Ausschlagung des Bedachten mit Wirkung auf die Zeit des Erbfalls weggefallen sind (§§ 1953 Abs 1, 2180 Abs 3), kommen überhaupt nicht in Betracht, der nachträgliche Wegfall kann aber den Pflichtteilserben berechtigen, gemäß § 2308 die Ausschlagung des Erbteils anzufechten. Ist er unbeschränkt und unbeschwert gerade auf den Pflichtteil als Erbe eingesetzt, so kann er nicht ausschlagen und statt dessen den Pflichtteilsanspruch als Nachlaßgläubiger geltend machen (§ 2305 A 2).

3. Ist der ausgesetzte **Erbteil geringer als der Pflichtteil oder gleich dem Pflichtteil,** so fallen die der Erbeinsetzung hinzugefügten Beschränkungen und Beschwerungen im Verhältnis zu dem Pflichtteilsberechtigten ipso jure weg. Daneben bleibt ihm, wenn der Erbteil noch hinter dem Pflichtteil zurückbleibt, der Anspruch auf Vervollständigung nach § 2305. Schlägt er aus, so kommt dem nach § 2161 nachrückenden Beschwerten § 2322 zugute. Die Beschränkungen ꝛc. sind auch dann zu streichen, wenn der Pflichtteilsberechtigte nicht als Erbe berufen, sondern von vornherein nur Nachlaßgläubiger auf den Pflichtteilsanspruch geworden ist (RG 67, 309).

4. Ist der **Erbteil größer als der Pflichtteil,** so entsteht dem Erben das Wahlrecht, entweder den Erbteil auszuschlagen, sich hierdurch von allen Beschränkungen ꝛc. zu befreien und sich auf Geltendmachung des Forderungsrechts aus §§ 2303, 2317 zu beschränken, oder anzunehmen und sich damit den ihm auferlegten Beschränkungen ꝛc. auf die Gefahr hin zu unterwerfen, daß ihm daraus eine Beeinträchtigung im Pflichtteil erwächst, gegen die er sich nur im Rahmen der §§ 2318 ff. schützen kann. Die Regelung entspricht dem Sachstande, wie wenn der Erblasser mit der gemeinrechtlichen cautela Socini verfügt hätte. Anfechtung der Ausschlagung § 2308. — Verhältnis zu § 2338 s. dort A 3.

5. Die **Ausschlagungsfrist** beginnt regelmäßig mit erlangter Kenntnis von dem Erbanfall und dem Grunde der Berufung und nicht vor Verkündung der die Erbeinsetzung enthaltenden Verfügung von Todes wegen (§ 1944 A 1—4). Fällt hiermit die Kenntnis von der Beschränkung und Beschwerung nicht zusammen, so wird zugunsten des Pflichtteilserben der Fristbeginn auf solange hinausgeschoben. Daraus, daß ihm das Gesetz je nach der Größe des Erbteils zwei verschiedenartige Rechtsbehelfe an die Hand gibt, folgt ferner, daß ihm die Frist auch nicht eher laufen kann, als bis er davon Kenntnis erlangt, daß ihm mehr als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinterlassen ist. Ist er deshalb zwar als Erbe, aber auf Summen oder einzelne Gegenstände eingesetzt (§ 2087 A 2), so beginnt die Frist erst, wenn er das Wertsverhältnis der Zuwendung zum ganzen Nachlaß und damit den auf ihn entfallenen Bruchteil der Erbschaft zu übersehen vermag. Dagegen kommt es auf die Kenntnis vom Bestande des Nachlasses nicht an, wenn der Pflichtteilserbe sogleich nach Bruchteilen eingesetzt ist.

6. Ist der **Pflichtteilsberechtigte lediglich als Nacherbe eingesetzt** und übersteigt dieser Nacherbteil nicht den Pflichtteil, so verwandelt sich die Nacherbeinsetzung sogleich in die gewöhnliche Erbeinsetzung und es gilt das A 3 Gesagte (RG 22. 11. 06 IV 186/06). Ist der Nacherbteil größer als der Pflichtteil, so hat er gemäß A 4 das Wahlrecht, ob er die ihm angetragene Nacherbschaft annehmen, oder ob er sie ausschlagen und statt dessen den Pflichtteil fordern will. Zur Erklärung hierüber ist er jedoch grundsätzlich nicht vor Eintritt der Nacherbfolge verpflichtet (§ 2142 A 1). Auch dieser Zeitpunkt setzt die Frist nicht in Lauf, solange er nicht Kenntnis von der in seiner Nacherbeinsetzung liegenden Beschränkung erhalten hat (RG 59, 345). Freilich läuft ihm unabhängig hiervon die dreijährige Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs aus § 2332 Abs 2, 3. Er ist also, wenn er sich den Pflichtteilsanspruch sichern will, der wiederum von der vorgängigen Ausschlagung der Nacherbschaft abhängig ist, schließlich doch genötigt, von der in § 2142 Abs 1 ihm nur wahlweise nachgelassenen Ausschlagung unter Umständen bereits vor Eintritt der Nacherbfolge Gebrauch zu machen (RG a. a. O.).

§ 2307

Ist ein Pflichtteilsberechtigter mit einem Vermächtnisse bedacht, so kann er den Pflichtteil verlangen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt[1]. Schlägt er nicht aus, so steht ihm ein Recht auf den Pflichtteil nicht zu, soweit der Wert des Vermächtnisses reicht[2]; bei der Berechnung des Wertes bleiben Beschränkungen und Beschwerungen der im § 2306 bezeichneten Art außer Betracht[3].

Der mit dem Vermächtnisse beschwerte Erbe kann den Pflichtteilsberechtigten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses auffordern[4]. Mit dem Ablaufe der Frist gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen, wenn nicht vorher die Annahme erklärt wird[5].

E I 1980, 1982 II 2173 M 5, 392—394, 399—401 P 5, 503—506, 510, 511.

1. Der Pflichtteilsberechtigte ist niemals genötigt, sich wegen seines Pflichtteilsanspruchs in der Form des **Vermächtnisses** befriedigen zu lassen, gleichviel ob es dem Pflichtteil gleichkommt, oder ihn übersteigt oder dahinter zurückbleibt (§ 2306 A 3, 4). Doch gehört

zur Begründung des Pflichtteilsanspruchs, daß der Bedachte zuvor das Vermächtnis ausgeschlagen hat (§ 2180).

2. Schlägt er aus, so steht ihm der Pflichtteilsanspruch in voller Höhe zu, wie wenn ihm nichts zugewendet wäre. Pflichtteilslast desjenigen, welchem die Ausschlagung zustatten kommt §§ 2321 ff. Anfechtung der Ausschlagung § 2308. **Schlägt er nicht aus,** so kann er, wie im Falle des § 2305 A 2 neben dem Erbteil, so auch neben dem Vermächtnis, falls sein durch Schätzung zu ermittelnder Wert hinter dem Pflichtteil zurückbleibt, **Vervollständigung des Pflichtteils** mit dem Geldanspruch des § 2317 fordern. Insoweit er sich das Vermächtnis auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen hat, steht es nach KO § 226 Abs 3 dem Pflichtteilsrechte gleich.

3. Beim Vermächtnis sind **Beschränkungen** im Sinne von § 2306 A 2 denkbar entsprechend der Nacherbeinsetzung durch Anordnung eines Nachvermächtnisses nach § 2191. Ferner durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers in Beziehung auf den Gegenstand des Vermächtnisses (§§ 2211, 2212) und zur Ausführung der dem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen (§ 2223). Auch Teilungsanordnungen können in Frage kommen. **Beschwerungen** in Form von Untervermächtnissen und dem Vermächtnisnehmer gemachten Auflagen (§§ 2147, 2192). Alle derartigen Beschränkungen und Beschwerungen bleiben, wenn der Pflichtteilsberechtigte nicht ausschlägt, abweichend von § 2306 A 3 auch dann für ihn bindend, wenn der Wert des Vermächtnisses den Pflichtteil nicht erreicht. Trotzdem darf er die hieraus sich ergebenden Einbußen vom Werte des Vermächtnisses nicht absetzen, kann insoweit auch vom Erben keine Vervollständigung mit Hilfe des Pflichtteilsanspruchs verlangen und geht unter Umständen leer aus, wenn ihm nach Erfüllung der auf dem Vermächtnis liegenden Beschwerungen nichts übrig bleibt (§ 2187). Die Annahme des Vermächtnisses anzufechten ist er nur nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 119 ff. berechtigt. Befristungen und Bedingungen der Vermächtniszuwendung gehören nicht zu den „Beschränkungen und Beschwerungen" im Sinne des Gesetzes (§ 2306 A 2), soweit damit nicht ein Nachvermächtnis nach § 2191 angeordnet ist. Der Pflichtteilsberechtigte muß nach Satz 1 auch solche Vermächtnisse ausschlagen, wenn er den vollen Pflichtteil verlangen will. Ist das Vermächtnis aufschiebend befristet oder bedingt (§ 2177), so kann er zwar nicht vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins zur Erklärung nach Abs 2 aufgefordert werden. Will er jedoch neben dem Vermächtnis den Anspruch auf Vervollständigung des Pflichtteils erheben (A 2), so kann er durch die Rücksicht auf die dreijährige Verjährungsfrist (§ 2332 Abs 3) genötigt sein, noch vor Eintritt der Bedingung oder des Termins die Annahme des noch schwebenden Vermächtnisses zu erklären und damit die Gefahr der völligen Vereitelung desselben zu übernehmen.

4. Da beim Vermächtnis eine gesetzliche Ausschlagungsfrist nicht läuft (§ 2180 A 1) so darf der **beschwerte Erbe** — nicht ein etwa beschwerter Vermächtnisnehmer — um sich Gewißheit darüber zu verschaffen, ob er das Vermächtnis oder den Pflichtteil zu leisten hat, dem Bedachten eine **angemessene Frist zur Erklärung** setzen. Eine Form ist hierfür nicht vorgeschrieben. Mehrere Erben können die Frist nur gemeinschaftlich setzen. Sie ist nicht angemessen, wenn sie früher abläuft, als eine Inventarfrist, die dem Erben selbst gemäß § 1994 auf Antrag des Pflichtteilsberechtigten bestimmt worden ist (RG 28. 11. 07 IV 190/07). Fristsetzung bei aufschiebend befristeten und bedingten Vermächtnissen s. A 3.

5. **Fristablauf gilt als Ausschlagung** mit der Wirkung A 1, auch ohne daß sie gemäß § 2180 dem Beschwerten gegenüber erklärt worden ist. Ob in der Erhebung des Pflichtteilsanspruchs gegen den Erben, zumal wenn er mit dem Beschwerten identisch ist, zugleich die Ausschlagung enthalten sei, ist Tatfrage. Will der Bedachte das Vermächtnis fordern, so hat er zu beweisen, daß er noch vor Ablauf der gesetzten (angemessenen) Frist angenommen habe. — Ist der Pflichtteilsberechtigte sowohl als Erbe eingesetzt wie als Vermächtnisnehmer bedacht, so hat er sich, wenn er das Vermächtnis nicht ausschlägt, jedenfalls dessen Wert auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen. Sei es, daß er den die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigenden Erbteil ausschlägt (§ 2306 A 4) und nur den reinen Pflichtteilsanspruch erhebt. Sei es auch, daß er neben dem zu geringen Erbteil (§ 2306 A 3) bloß Vervollständigung des Pflichtteils fordert. Erlangt er auf diesem Wege den vollen Pflichtteil, oder kommt der Erbteil von vornherein dem Pflichtteil gleich, und macht er darüber hinaus noch das Vermächtnis geltend, so stellt er sich damit auf den Boden des mit mehr als dem Pflichtteil bedachten Erben. Er kann deshalb in diesem Falle nicht verlangen, daß die dem Erbteil beigefügten Beschränkungen und Beschwerungen gestrichen werden.

§ 2308

Hat ein Pflichtteilsberechtigter, der als Erbe oder als Vermächtnisnehmer in der im § 2306 bezeichneten Art beschränkt oder beschwert ist, die

Erbschaft oder das Vermächtnis ausgeschlagen, so kann er die Ausschlagung anfechten, wenn die Beschränkung oder die Beschwerung zur Zeit der Ausschlagung weggefallen und der Wegfall ihm nicht bekannt war[1]).

Auf die Anfechtung der Ausschlagung eines Vermächtnisses finden die für die Anfechtung der Ausschlagung einer Erbschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegen über dem Beschwerten[2]).

E I 2040 Abs 1 II 2174 M 5, 510—512 P 5, 631; 6, 319, 320, 328.

1. Die Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten von den dem Erbteil oder dem Vermächtnis beigefügten Beschränkungen und Beschwerungen ist für Ausübung des durch §§ 2306, 2307 ihm verliehenen Wahlrechts so wesentlich (so auch § 2306 A 5), daß ihm das Gesetz gestattet die **Ausschlagung anzufechten** nicht bloß unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 119 ff., sondern schon auf Grund der Tatsache, daß die Beschränkungen ꝛc. zur Zeit der Ausschlagung weggefallen und der Wegfall ihm nicht bekannt war. Für beides ist der Anfechtende beweispflichtig. Die Anfechtung selbst vollzieht sich in den Formen und Fristen der §§ 1954, 1955. Sie gilt nach § 1957 Abs 1 zugleich als Annahme des Erbteils und hat demgemäß den Verlust des Pflichtteilsanspruches zur Folge. Daraus folgt aber nicht, daß die Anfechtung als Verzicht auf den Pflichtteil aufzufassen wäre und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr 2 erforderte. Vielmehr handelt es sich sachlich nur um eine veränderte Ausübung des Wahlrechts. § 2308 spricht nur von Anfechtung der Ausschlagung. Ob auch eine irrtümlich, d. h. in Unkenntnis angeordneter Beschränkungen ꝛc. erklärte Annahme anfechtbar sei, ist nach § 119 zu beurteilen. Jedenfalls ist die Anfechtung sowohl der Ausschlagung als der Annahme ausgeschlossen, wenn sich der Bedachte nur über die Tragweite der Beschränkungen ꝛc. und den wirtschaftlichen Wert der Zuwendung getäuscht hat. Maßgebend für den Wegfall der Beschränkung ꝛc. selbst und der Kenntnis hiervon ist die **Zeit der Ausschlagung.** Ist sie erst nach dieser Zeit, z. B. durch Ausschlagung eines Bedachten, Erbunwürdigkeit, weggefallen, so ist die Anfechtung nicht gegeben, obschon der Wegfall nach §§ 1953 Abs 2, 2344 Abs 2 auf die Zeit des Erbfalls zurückdatiert wird.

2. Für **Anfechtung der Vermächtnisausschlagung** gelten sonst keine besonderen Bestimmungen. Die entsprechende Übernahme der für die Erbschaftsausschlagung geltenden Vorschriften ergibt Unanwendbarkeit der §§ 1955 und 1957 Abs 2, da an Stelle des Nachlaßgerichts der Beschwerte tritt. Die Anfechtung bedarf deshalb auch keiner Form. Anfechtbar ist auch die fingierte Ausschlagung des § 2307 A 5. — Vererblichkeit des Anfechtungsrechtes § 2317 A 2.

§ 2309

Entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers sind insoweit[4]) nicht pflichtteilsberechtigt[1]), als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde[2]), den Pflichtteil verlangen kann[3]) oder das ihm Hinterlassene annimmt[4]).

E I 1983 II 2175 M 5, 401—403 P 5, 511—513.

1. Leitender Gedanke ist: „Demselben Stamme darf nicht zweimal ein Pflichtteil gewährt werden (M 5, 401 P 5, 512)". Das **Nachrücken entfernterer Abkömmlinge und der Eltern des Erblassers** in die Stellung des nächsten Pflichtteilsberechtigten (§ 2303 A 4) soll nicht zur Erhöhung der Pflichtteilslast führen. Anderseits kommt es dem Erben und nicht den entfernteren Berechtigten zugute, wenn der nächste Berechtigte von seinem Pflichtteilsrechte nicht oder nicht rechtzeitig Gebrauch macht. Das selbständige Pflichtteilsrecht des Ehegatten (§ 2303 A 1) wird hiervon nicht berührt. Der entferntere Berechtigte (E) kommt hier nur in der Eigenschaft eines Pflichtteilsberechtigten in Betracht. Es ist also vorausgesetzt, daß er an sich zur gesetzlichen Erbfolge als Abkömmling oder Elternteil berufen wäre, aber im Einzelfalle durch Verfügung von Todes wegen von der Erbschaft ausgeschlossen ist (§ 2303), oder daß er, weil ihm ein zu geringer Erbteil oder ein zu geringes Vermächtnis zugewendet ist, auf Vervollständigung des Pflichtteils Anspruch hat (§§ 2305 A 2, 2307 A 2), oder daß er den hinterlassenen größeren, aber mit Beschränkungen oder Beschwerungen verbundenen Erbteil, oder daß er das Vermächtnis ausgeschlagen hat (§§ 2306 A 4, 2307 A 1). Trifft eine dieser Voraussetzungen schon auf den Nächstberechtigten (A) zu und hat A den Pflichtteilsanspruch auch aus andern Gründen nicht eingebüßt, so kann A den Pflichtteil verlangen und schließt damit allein schon den E aus (A 3).

2. Ein Pflichtteil des entfernteren Berechtigten E kommt nur in Frage, **wenn das Erb- oder Pflichtteilsrecht des ihm vorgehenden A weggefallen ist.** Der Fall der gesetzlichen

Erbfolge ist in Anlehnung an § 1924 Abs 2 nur hypothetisch herangezogen Keineswegs ist vorausgesetzt, daß A ausdrücklich oder stillschweigend von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen wäre (§ 1938). Im Gegenteil wird gerade durch die Ausschließung sein Pflichtteilsrecht erzeugt (§ 2303). Ob im übrigen der Nachlaß, gegen den der Pflichtteilsanspruch zusteht, nach der gesetzlichen oder der gewillkürten Erbfolge vererbt wird, ist ohne Bedeutung.

3. Der nachrückende Berechtigte E ist nur insoweit pflichtteilsberechtigt, als der ihm vorgehende Berechtigte A **den Pflichtteil nicht verlangen kann.** Der Fall, daß A bereits vor dem Erblasser verstorben war, ist hierbei gänzlich auszuscheiden, da ihm ein Pflichtteilsrecht nach § 1923 Abs 1 überhaupt nicht entstehen konnte. Es kommen vielmehr nur folgende vier Wegfallsgründe in Betracht. a) Ausschlagung: Bildet sie die gesetzliche Voraussetzung für Geltendmachung seines Pflichtteilsrechts (§§ 2306 A 4, 2307 A 1), so kann A in diesem Falle den Pflichtteil fordern und ein Pflichtteilsrecht des E kommt insoweit nicht in Frage. Hat dagegen A ausgeschlagen, ohne daß hierdurch der Pflichtteilsanspruch (ganz oder zum Teil) für ihn ausgelöst worden wäre, so ist, da A insoweit den Pflichtteil nicht verlangen kann, der gemäß § 1953 Abs 2 (s. auch § 2069) nachrückende E seinerseits an der Einforderung des Pflichtteils nicht gehindert. So wenn A ausgeschlagen hat sei es den zu geringen Erbteil (§ 2305 A 2), oder den beschränkten oder beschwerten zu geringen, oder den dem Pflichtteil gleichkommenden Erbteil (§ 2306 A 3), oder endlich den unbeschränkten oder unbeschwerten den Pflichtteil übersteigenden Erbteil. b) Erbunwürdigkeit: Ist der Nächstberechtigte A für erbunwürdig erklärt, so gilt er als bereits vor dem Erbfall verstorben und kann selbstverständlich den Pflichtteil nicht verlangen (§ 2344). Dagegen ist der nachrückende E daran nicht gehindert. Steht dem Verlangen des A die Einrede aus § 2345 Abs 2 entgegen, so ist vorerst ungewiß, ob er den Pflichtteilsanspruch hat. Erst wenn der Erbe von der Einrede wirksam Gebrauch gemacht hat, ist sein Verlangen hinfällig. c) Erbverzicht: Hat A auf das gesetzliche Erbrecht verzichtet und gilt der Verzicht nach § 2350 Abs 2 nicht zugunsten der Eltern des Erblassers, so bleibt ihm, wenn sonst ein Elternteil nachrücken würde, das gesetzliche Erbrecht und als Ausfluß dessen unter den Voraussetzungen A 1 a. E. auch der Pflichtteilsanspruch gewahrt. Pflichtteilsansprüche der Eltern können deshalb nicht in Frage kommen. War der Verzicht des A (sc. mit Vorbehalt seines gesetzlichen Erbrechts) auf das Pflichtteilsrecht beschränkt (§ 2346 Abs 2), so wird er gegenstandslos, wenn es demnächst wirklich zur gesetzlichen Erbfolge kommt. War jedoch A bei Eintritt des Erbfalls tatsächlich auf den Pflichtteil gewiesen (A 1 a. E.), so kann er kraft seines Verzichts den Pflichtteil nicht verlangen und der nachrückende E kann deshalb seinerseits den Pflichtteil fordern. Erstreckte sich der von A auf sein gesetzliches Erbteil erklärte Verzicht nach der Vermutung des § 2349 zugleich auf seine Abkömmlinge, so ist damit sowohl sein eigenes wie das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge ausgeschlossen (§ 2346 A 3), während dasjenige der nachrückenden Eltern unberührt bleibt. Hat endlich A nur für seine Person, aber schlechthin, sei es auf das gesetzliche Erbrecht oder auf das Pflichtteilsrecht verzichtet, so kann er keinesfalls den Pflichtteil verlangen und eben deshalb steht der Pflichtteilsanspruch nunmehr dem nachrückenden Abkömmling oder Elternteil zu. d) Entziehung des Pflichtteils nach § 2333 macht den Nächstberechtigten A des Pflichtteilsanspruchs verlustig, beeinträchtigt aber nicht den Anspruch des entfernteren Abkömmlings oder des Elternteils. Beschränkung des Pflichtteilsrechtes in guter Absicht (§ 2338) läßt einen Pflichtteilsanspruch weder auf seiten des in dieser Weise Beschränkten, noch der entfernteren Berechtigten entstehen.

4. **Insoweit.** Der entferntere Berechtigte E ist niemals in höherem Umfange pflichtteilsberechtigt, als es der Nächstberechtigte A gewesen wäre. E muß sich deshalb auf seinen Pflichtteil anrechnen lassen, was A darauf verlangen konnte, auch wenn A von seinem Rechte, so insbesondre auf Vervollständigung des Pflichtteils nach §§ 2305 A 2, 2306 A 3, 2307 A 2 nicht Gebrauch gemacht hat. Er muß sich aber auch schlechthin anrechnen lassen, was A **als ihm hinterlassen angenommen hat.** Die allgemeine Fassung berechtigt nicht, nach der Art der Hinterlassung (sc. von Todes wegen) oder nach den verschiedenen Wegfallsgründen A 3, a—d zu unterscheiden. Waren derartige Zuwendungen mit Beschränkungen oder Beschwerungen verbunden, so ist der hierdurch verminderte Wert durch Schätzung zu ermitteln. Eine Streichung der Beschränkungen nach den Sondervorschriften der §§ 2306 A 3 oder 2307 A 3 kommt hier nicht in Frage. Anrechnung von Vorempfängen auf den Pflichtteil s. §§ 2315 A 8, 2316 A 7 (Näheres über vielfach widerstreitende Meinungen zu § 2309 vgl. bei Planck und Staudinger und dortige Zitate).

§ 2310

Bei der Feststellung des für die Berechnung des Pflichtteils maßgebenden Erbteils werden diejenigen mitgezählt, welche durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen sind oder die Erbschaft ausgeschlagen haben

oder für erbunwürdig erklärt sind[1]). Wer durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, wird nicht mitgezählt[2]).

E I 1984 II 2176 M 5, 403, 405 P 5, 513, 514, 516—518.

1. Für die **Berechnung des Pflichtteils** als Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils (§ 2303 A 4) ist derjenige Erbteil maßgebend, der auf den betreffenden Pflichtteilsberechtigten entfallen wäre, wenn es ohne Rücksicht auf die tatsächlich erfolgte Ausschließung (§§ 2303 A 2, 2333), Ausschlagung (§§ 1953, 2306 A 4) oder Erbunwürdigkeitserklärung (§ 2344) zur regelmäßigen gesetzlichen Erbfolge aller im Einzelfall berufenen gesetzlichen Erben gekommen wäre. Nur der Verzichtende ist und bleibt auch bei dieser bloß fiktiven Erbfolge nach § 2346 A 3 ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte (A 2). Dies hat zur Folge, daß der Wegfall eines Erben durch Ausschließung ꝛc. den Divisor nicht vermindert, also den Erbteil und damit den Pflichtteil der übrigen nicht vergrößert, daß vielmehr die Ausschließung ꝛc. lediglich dem Erben zustatten kommt. Rücken gemäß § 2309 entferntere Abkömmlinge des Erblassers als Pflichtteilsberechtigte ein, so versteht sich schon nach dem Grundsatze des § 1924 Abs 2 von selbst, daß der weggefallene nähere Abkömmling und der Stamm der an seine Stelle tretenden entfernteren Abkömmlinge nicht zweimal gezählt werden. Auch sonst ist vorausgesetzt, daß eine gesetzliche Erbfolge der mehreren in Betracht kommenden Pflichtteilsberechtigten nebeneinander überhaupt möglich ist. Stünde den Eltern wegen des Vorhandenseins wenigstens eines pflichtteilsberechtigten Abkömmlings kein gesetzliches Erbrecht zu (§ 1930), so haben sie auch kein Pflichtteilsrecht (§ 2309). Erst wenn sämtliche Abkömmlinge durch Ausschlagung, wirksame Entziehung des Pflichtteils, Erbunwürdigkeit oder Erbverzicht weggefallen sind, kommt ein gesetzliches, aber zugleich auch ausschließliches gesetzliches Erbrecht und demgemäß auch Pflichtteilsrecht der Eltern in Frage. Daneben auch die weggefallenen Abkömmlinge mitzuzählen, ist begrifflich unmöglich. Treffen nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge (§§ 1925, 1931) die Eltern oder der überlebende Ehegatte des Erblassers mit andern Verwandten zusammen, die als gesetzliche, wenn auch nicht als pflichtteilsberechtigte Erben in Betracht kommen oder kommen würden, so bestimmt sich der Pflichtteil des Elternteils oder Ehegatten wiederum so, als kämen neben ihnen die mitzuzählenden ausgeschlossenen usw. Verwandten wirklich zur gesetzlichen Erbfolge. Der Pflichtteil des Ehegatten bleibt mithin $1/2$ von $1/4 = 1/8$ des Nachlasses, auch wenn an Stelle des ausschlagenden Kindes nunmehr die Eltern des Erblassers (mit je $1/8$) pflichtteilsberechtigt werden, obgleich der Ehegatte gemäß § 1931 neben den Eltern an sich zu $1/2$ von $1/2 = 1/4$ pflichtteilsberechtigt wäre.

2. Im Falle des **Erbverzichts**, dem in der Regel eine anderweite Abfindung aus dem Vermögen des Erblassers zugrunde liegt, bleibt es auch für die Berechnung des Pflichtteils bei dem Grundsatze des § 2346 A 3. Und zwar gleichviel, ob der Verzicht gegen oder ohne Entgelt erklärt war. Der Verzichtende wird jedoch gezählt, vermindert somit den Pflichtteil der übrigen Berechtigten, wenn sein Verzicht gemäß § 2346 Abs 2 auf das Pflichtteilsrecht beschränkt war. Daß neben ihm die an seine Stelle tretenden Abkömmlinge nicht noch besonders gezählt werden, ist selbstverständlich. — Ebenso § 2316 A 4. Soweit die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben ꝛc. nicht bestimmbar sind (§ 2043) muß vorerst auch die Feststellung des Pflichtteils unterbleiben.

§ 2311

Der Berechnung des Pflichtteils wird der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zugrunde gelegt[1]). Bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern des Erblassers bleibt der dem überlebenden Ehegatten gebührende Voraus außer Ansatz[2]).

Der Wert ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln. Eine vom Erblasser getroffene Wertbestimmung ist nicht maßgebend[3]).

E I 1985, 1986 Abs 1, 2, 1987 M 5, 405—407, 409 P 5, 518.

1. Für die **Wertsermittelung** ist wie beim Inventar (§ 2001) der Bestand **zur Zeit des Erbfalls** maßgebend, auch wenn der dem Pflichtteilsberechtigten in Aussicht gestellte Erbteil schon unter Lebenden an ihn ausgekehrt worden wäre (**RG** 67, 307). Spätere Wertssteigerungen kommen dem Pflichtteilsberechtigten nicht zugute. Erhebliche Wertsverminderungen ändern nichts am Betrage des ermittelten Pflichtteils (**RG JW** 10, 238[10]), doch kann der Erbe nach allgemeinen Grundsätzen die beschränkte Haftung geltend machen. Dagegen nimmt der als Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte an den Wertsveränderungen des Nachlasses teil. Der Bestand ergibt sich nach Abzug der Nachlaßverbindlichkeiten (mit Ausschluß von Vermächtnissen und Auflagen, § 2318 A 1) von den Aktiven des Nachlasses, ohne daß

auf die durch den Todesfall eintretende Vereinigung von Rechten und Verbindlichkeiten Rücksicht genommen wird (§ 1976). Die Nachlaßverbindlichkeiten sind nur in dem Umfange anzusetzen, wie wenn es zur reinen gesetzlichen Erbfolge gekommen wäre. Danach bleiben zu § 1967 A 3 die durch Errichtung der Verfügung von Todes wegen, Bestellung eines Testamentsvollstreckers usw. verursachten Kosten grundsätzlich außer Betracht (a. M. SeuffA 62 Nr 42). Ebenso die Kosten der Nachlaßverteilung, die den einzelnen Erben treffende Erbschaftssteuer und die lediglich auf Anerkenntnis der Erben beruhenden Schulden. Vermächtnisse und Auflagen, einschließlich der Ansprüche auf den Dreißigsten (§ 1969 A 7) stehen, und zwar nicht bloß im Konkurse (KO § 226 Nr 5) dem Pflichtteilsanspruche nach. Pflichtteilsrechte selbst können nicht in Abzug kommen, da sie nur im Falle eines Nachlaßüberschusses entstehen. Ob eine angefallene Erbschaft zum Bestandteil des Nachlasses werden soll, hängt nach § 1952 A 1 von der freien Entschließung des Erben ab.

2. Der **Voraus** (§ 1932) kommt bei Ermittelung des Pflichtteils von Abkömmlingen als Nachlaßvermögen besonderer Art nicht in Frage. Gegenüber dem elterlichen Pflichtteil wird der überlebende Ehegatte dadurch begünstigt, daß die zum Voraus gehörigen Haushaltungsgegenstände 2c. von vornherein aus den Aktiven des Nachlasses ausscheiden. Jedoch nur dann, wenn der Voraus dem Ehegatten gebührt. Dies trifft auch dann zu, wenn er demnächst ausgeschlagen wird. Dagegen „gebührt" er nicht, wenn er dem Ehegatten entzogen oder wenn dieser für erbunwürdig erklärt ist. Jedenfalls hat der Voraus nicht selbst auch Pflichtteilseigenschaft. Vielmehr werden bei Ermittelung des Pflichtteils des Ehegatten die zum Voraus gehörenden Gegenstände zusammen mit den übrigen Nachlaßgegenständen unter den Nachlaßaktiven eingestellt.

3. Ermittelung durch **Schätzung** soweit erforderlich, z. B. nicht bei kurshabenden Wertpapieren. Ertragswert beim Landgut § 2312, ungewisse Rechte 2c. § 2313. **Wertsbestimmungen des Erblassers** sind als Teilungsanordnungen maßgebend (§ 2048), jedoch nur insoweit als sie den Berechtigten nicht im Pflichtteil verkürzen (vgl. auch § 2316 A 6). Er muß sie sich unbeschränkt gefallen lassen, soweit sie an Stelle gänzlicher Entziehung des Pflichtteils (§ 2333) angeordnet sind. Besondere Wertsberechnung bei Vorempfängnissen (§§ 2315, 2316) und ergänzungspflichtigen Schenkungen (§§ 2325, 2328). Auskunftspflicht des Erben § 2314. Pflichtteilsberechnung bei fortgesetzter Gütergemeinschaft § 1511.

§ 2312

Hat der Erblasser angeordnet oder ist nach § 2049 anzunehmen, daß einer von mehreren Erben das Recht haben soll, ein zum Nachlasse gehörendes Landgut zu dem Ertragswerte zu übernehmen, so ist, wenn von dem Rechte Gebrauch gemacht wird, der Ertragswert auch für die Berechnung des Pflichtteils maßgebend[1]). Hat der Erblasser einen andern Übernahmepreis bestimmt, so ist dieser maßgebend, wenn er den Ertragswert erreicht und den Schätzungswert nicht übersteigt[2]).

Hinterläßt der Erblasser nur einen Erben, so kann er anordnen, daß der Berechnung des Pflichtteils der Ertragswert oder ein nach Abs. 1 Satz 2 bestimmter Wert zugrunde gelegt werden soll[3]).

Diese Vorschriften finden nur Anwendung, wenn der Erbe, der das Landgut erwirbt, zu den im § 2303 bezeichneten pflichtteilsberechtigten Personen gehört[4]).

P 6, 330—335, 448—450.

1. Die Vorschriften dienen dazu, den **Übernehmer eines Landgutes**, Anerben, falls er selbst zu den pflichtteilsberechtigten Personen gehört (Abs 3), auch bezüglich der Pflichtteilslast dadurch zu erleichtern, daß sich die sonstigen Pflichtteilsberechtigten auf der Grundlage des **Ertragswertes** (§ 2049 A 2) statt, wie sie nach § 2311 verlangen könnten des Schätzungswertes auf ihr Pflichtteil abfinden lassen müssen. Dies gilt jedoch nur, wenn es wirklich zu der vom Erblasser beabsichtigten Gutsübernahme kommt, nicht also wenn das Gut vorher an einen Fremden veräußert wird. Der Anerbe ist nur als Berechtigter gedacht. Hätte ihn der Erblasser zur Übernahme verpflichtet, so läge hierin eine Beschränkung, von der er sich gemäß § 2306 A 4 durch Ausschlagung befreien und den nach dem Schätzungswert zu bemessenden Pflichtteil fordern dürfte.

2. Bei Bestimmung eines **andern Übernahmepreises** würde ein Herabgehen unter den Ertragswert die übrigen Pflichtteilsberechtigten, ein Übersteigen des Schätzungswertes dagegen den übernehmenden Anerben benachteiligen. Insoweit sind mithin die Ver-

fügungen des Erblassers unwirksam und können durch Auslegung auf die zulässigen Grenzen zurückgeführt werden.

3. Ist von vornherein **nur ein Erbe** eingesetzt, so gelten für Berechnung des Pflichtteils sonstiger Berechtigter die gleichen Grundsätze, wie sie Abs 1 für den Fall der Berufung mehrerer Erben aufstellt. Auch der Alleinerbe muß zu den Pflichtteilsberechtigten gehören und muß als Erbe, nicht als Vermächtnisnehmer bedacht sein.

4. Dem fremden Erben gegenüber gilt immer der Schätzungswert nach § 2311. — Anerbenrecht nach Landesgesetz Art 64 EGzBGB.

§ 2313

Bei der Feststellung des Wertes des Nachlasses bleiben Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind, außer Ansatz. Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer auflösenden Bedingung abhängig sind, kommen als unbedingte in Ansatz[1]). Tritt die Bedingung ein, so hat die der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen[2]).

Für ungewisse oder unsichere Rechte sowie für zweifelhafte Verbindlichkeiten gilt das Gleiche wie für Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind[3]). Der Erbe ist dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber verpflichtet, für die Feststellung eines ungewissen und für die Verfolgung eines unsicheren Rechtes zu sorgen, soweit es einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht[4]).

E I 1986 Abs 3, 4 II 2178 M 5, 407—409 P 5, 518.

1. Bei der Schätzung des Wertes von **bedingten Rechten und Verbindlichkeiten** (§ 2311 A 3) ist auf die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung keine Rücksicht zu nehmen. Vielmehr kommen sie vorläufig, je nachdem sie aufschiebend oder auflösend bedingt sind, entweder gar nicht, oder voll unter den Aktiven in Ansatz. Anders bezüglich der aufschiebenden Bedingung bei der Abschlagsverteilung im Konkurse KO §§ 154, 168 Nr 2, ebenso bei der auflösenden KO § 66.

2. **Ausgleichung.** Der Eintritt der aufschiebenden Bedingung bei Rechten, der auflösenden bei Verbindlichkeiten erhöht nachträglich den Anspruch des Pflichtteilsberechtigten. Der umgekehrte Fall vermindert den Anspruch und verpflichtet zur Rückzahlung des zuviel Empfangenen (§ 159). Sicherheitsleistung (KO § 67) kann weder vom Erben noch vom Pflichtteilsberechtigten verlangt werden. Doch ist gegebenenfalls Arrest und Schadenersatzanspruch aus § 160 zulässig.

3. **Ungewisse,** d. h. in ihrem rechtlichen Bestande, und **unsichere,** d. h. in der wirtschaftlichen Verwertung zweifelhafte **Rechte** sowie **zweifelhafte Verbindlichkeiten** nebst den Kosten darüber geführter Prozesse (**RG** JW 06, 114[13]) bleiben zunächst ganz außer Ansatz. Hierzu gehören nicht wiederkehrende Hebungen, Renten (**RG** 72, 381) u. dgl., deren Kapitalwert sich nach allgemeinen Grundsätzen schätzen läßt. Ebensowenig befristete Rechte und Verbindlichkeiten, bei deren Bewertung ev. der Zwischenzins in Betracht kommt (vgl. auch KO §§ 65, 70).

4. **Ordnungsmäßige Verwaltung** wie § 2038 A 2.

§ 2314

Ist der Pflichtteilsberechtigte nicht Erbe, so hat ihm der Erbe auf Verlangen über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen[1]). Der Pflichtteilsberechtigte kann verlangen, daß er bei der Aufnahme des ihm nach § 260 vorzulegenden Verzeichnisses der Nachlaßgegenstände zugezogen und daß der Wert der Nachlaßgegenstände ermittelt wird[2]). Er kann auch verlangen, daß das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird[3]).

Die Kosten fallen dem Nachlasse zur Last[4])[5]).

E I 1988 Abs 1 II 2179 M 5, 409, 410 P 5, 519—521.

1. **Auskunftspflicht des Erben.** Ist der Pflichtteilsberechtigte Miterbe, so besteht zwischen den Erben gegenseitige Auskunftspflicht schon vermöge der Erbengemeinschaft (§ 2038 A 7). Rechte des Nacherben §§ 2121 ff., 2127. Ist er von vornherein oder infolge Ausschlagung

gemäß §§ 2306 A 4 auf den Pflichtteilsanspruch beschränkt, so folgt aus der Auskunftspflicht weiter gemäß § 260, daß ihm der Erbe auf Verlangen ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen und gegebenenfalls den Offenbarungseid zu leisten hat. Zu diesem Verlangen ist gegenüber dem Erben auch der Pflichtteilsergänzungsberechtigte bezüglich der in § 2325 bezeichneten Schenkungen berechtigt (RG 73, .. ; 7. 3. 10 IV 113/09). Maßgebend ist nach § 2311 A 1 die Zeit des Erbfalls. Der Bestand ergibt sich aus der Vergleichung der Aktiven und Passiven des Nachlasses. Das Verzeichnis hat deshalb beide, auch die bedingten, ungewissen und unsicheren Rechte und Verbindlichkeiten aufzuführen (§ 2313) und sich unter Umständen auch auf einen zweiten Nachlaß zu erstrecken, an dem die den Pflichtteil schuldenden Erben als Erbeserben beteiligt sind (RG 72, 380). Ebenso die möglicherweise zum Voraus gehörigen Gegenstände, solange unter den Beteiligten noch nicht feststeht, daß sie gemäß § 2311 A 2 außer Ansatz zu bleiben haben (RG 62, 110). Endlich ist der Erbe in entsprechender Anwendung des § 2057 zur Auskunft über die nach § 2316 A 2 als Ausgleichungsposten in Betracht kommenden Zuwendungen verpflichtet. (RG 73, .. ; 12. 5. 10 IV 411/09). Das Verlangen ist, wenn ihm nicht entsprochen wird, im Klagewege zu stellen. Nach § 254 ZPO kann damit die Klage auf Zahlung des Pflichtteils verbunden werden. Von mehreren Pflichtteilsberechtigten kann jeder selbständig das Verlangen stellen. Mehrere Erben haften für Erfüllung der Auskunftspflicht, die ihnen als solchen obliegt (§ 1967 A 3) nach § 2058 als Gesamtschuldner (a. M. Planck A 3). RG 50, 225 läßt mit Rücksicht auf § 2213 A 3 den Anspruch nicht zu gegen den Testamentsvollstrecker (dagegen Planck A 3; Dernburg V § 113 A 10). Schon auf Grund § 2215 ist der Erbe regelmäßig in der Lage, auch ohne den Testamentsvollstrecker dem Verlangen zu genügen.

2. Recht des Pflichtteilsberechtigten auf **Zuziehung**, wie im Falle des § 2121 A 2. Die **Wertsermittelung**, geboten durch § 2303 A 4 geschieht nur auf Grund besonderen Verlangens. Dem Bestandsverzeichnisse (A 1) brauchen Wertangaben nicht beigefügt zu werden (RG 18. 11. 09 IV 34/09). Zum Zwecke der Wertsermittelung kann nach § 809 Vorzeigung der Sachen beansprucht werden. Der Streit über die Höhe der eingestellten Werte und die Vollständigkeit des Verzeichnisses ist im Prozesse auszutragen.

3. Der Berechtigte kann sich mit einem ihm mitgeteilten privatschriftlichen Verzeichnis begnügen, verzichtet aber durch Stillschweigen noch nicht auf das Recht, **amtliche Aufnahme** (wie § 2003) zu verlangen (RG 72, 384). Ist ein Verzeichnis, das auf diesen Namen Anspruch hat, einmal gelegt, so kann wegen angeblicher Mängel nicht neue Vorlegung oder Ergänzung des Verzeichnisses verlangt werden. Die amtliche Aufnahme sowie die Leistung des Offenbarungseides (FGG §§ 163, 79) können im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrieben werden.

4. Die **Kosten** und zwar einschließlich derjenigen der Zuziehung, der Wertsermittelung, der amtlichen Aufnahme, jedoch ausschließlich der Eidesabnahme (§ 261 Abs 3) gehören zu den Nachlaßverbindlichkeiten und sind gemäß § 2311 mit zu berücksichtigen.

5. Der Erblasser kann dem Erben die Auskunftspflicht nicht wirksam erlassen, soweit er nicht gemäß §§ 2333 ff. einem Pflichtteilsberechtigten gegenüber zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt ist. Ein vertragsmäßiger Verzicht erfordert, weil eine Minderung des Pflichtteilsrechtes enthaltend, gegenüber dem Erblasser die Form des § 2348. Gegenüber dem Erben ist er an keine Form gebunden (RG 6. 7. 08 IV 585/07). — Unabhängig von § 2314 steht dem Pflichtteilsberechtigten in seiner Eigenschaft als Nachlaßgläubiger das Recht zu, gemäß §§ 1994, 2006 Inventarlegung zu verlangen. Doch genügt der Erbe mit der Auskunftserteilung regelmäßig zugleich der Inventarpflicht (§ 2001), während nach gelegtem Inventar nur ein Anspruch auf Ergänzung nach A 2 in Frage kommt. Der Eintritt unbeschränkter Haftung nach § 2005 erledigt nicht auch die Auskunftspflicht des Erben.

§ 2315

[1]Der Pflichtteilsberechtigte hat sich auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen[2], was ihm von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden[4]) mit der Bestimmung zugewendet worden ist[3]), daß es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll[5]).

Der Wert der Zuwendung wird bei der Bestimmung des Pflichtteils dem Nachlasse hinzugerechnet[6]). Der Wert bestimmt sich nach der Zeit, zu welcher die Zuwendung erfolgt ist[7]).

Ist der Pflichtteilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers, so findet die Vorschrift des § 2051 Abs. 1 entsprechende Anwendung[8]).

E I 1989 Abs 1 Nr 2, Abs 2—4, 1990 Abs 1 II 2180 M 5, 410—414 P 5, 521—523; 6, 102, 103 KB 322.

1. § 2315 ordnet die Berechnung und Verrechnung des Pflichtteils eines bestimmten **Pflichtteilsberechtigten** (einzigen Abkömmlings, Elternteils, Ehegatten) mit Rücksicht

auf gewisse unter Lebenden auf den Pflichtteil gemachte Zuwendungen. § 2316 beschäftigt sich mit dem Pflichtteil eines Abkömmlings, neben dem andere Abkömmlinge vorhanden sind, mit Rücksicht auf ausgleichungspflichtige Zuwendungen. § 2316 Abs 4 handelt von dem Fall, daß die Zuwendung sowohl auf den Pflichtteil wie (als Ausgleichungspost) auf den Erbteil anzurechnen ist.

2. Die **Anrechnung auf den Pflichtteil** vollzieht sich in der Weise, daß von dem nach Abs 2 berechneten Pflichtteil der Wert der Zuwendung mit demselben Betrage gekürzt wird, zu dem er dem Nachlaß hinzugerechnet war. Der Pflichtteilsberechtigte kann infolgedessen mit seinem Anspruche leer ausgehen (**RG** 58, 61), hat aber niemals herauszuzahlen.

3. Zum Begriffe der **Zuwendung** vgl. § 2050 A 7. Die dort (Abs 1) besonders behandelte Ausstattung des Kindes kann auch insoweit Zuwendung sein, als sie das den Vermögensverhältnissen entsprechende Maß nicht übersteigt und deshalb nicht als Schenkung gilt (§ 1624). Die Gewährung eines auf den Pflichtteil anzurechnenden Darlehns ist nicht selbst Zuwendung, wohl aber der hierin liegende Erlaß der Rückzahlungspflicht.

4. Die Zuwendung muß durch **Rechtsgeschäft unter Lebenden** vermittelt sein. Danach ist ausgeschlossen, daß die Anrechnung auf den Pflichtteil wirksam durch Verfügung von Todes wegen angeordnet werde (**RG** 67, 307). Im übrigen kommen Rechtsgeschäfte jeder Art, auch Vertrag zugunsten Dritter in Frage (§ 328). Geschieht die Zuwendung ohne den Willen des Pflichtteilsberechtigten (z. B. durch Schuldenbezahlung), so ist § 516 Abs 2 entsprechend anwendbar.

5. Die Zuwendung muß **mit der Bestimmung** geschehen, **daß sie auf den Pflichtteil angerechnet werden soll.** Die Bestimmung muß deshalb, ausdrücklich oder stillschweigend gegenüber dem Empfänger erklärt (§ 130) und diesem zum Bewußtsein gekommen sein. Dies wird insbesondere dann zutreffen, wenn der Erblasser sein Vermögen bereits unter Lebenden aufteilt. Bestimmung, Zuwendung und Rechtsgeschäft (A 4) werden regelmäßig zeitlich zusammentreffen („mit der Bestimmung"). Dann wird auch förmliche rechtsgeschäftliche Einigung über die Anrechnungspflicht zu erfordern sein (**RG** 1. 2. 09 IV 170/08). Es genügt jedoch, wenn die Bestimmung der Zuwendung vorangeht, aber in Hinblick auf die bevorstehende Zuwendung getroffen ist. Dagegen bindet die nachträgliche Bestimmung den Empfänger selbst dann nicht, wenn er sich (formlos) damit einverstanden erklärt hätte. Hat der einzige Abkömmling A aus dem 300 betragenden Vermögen des Erblassers E eine mit Anrechnungspflicht nicht beschwerte Zuwendung von 100 erhalten, und beträgt infolgedessen der Nachlaß des E nur noch 200, so gebührt ihm als Pflichtteil $\frac{1}{2} = 100$. Er hat deshalb unter Lebenden und von Todes wegen zusammen 200 erhalten. Muß er sich jedoch die vorempfangenen 100 auf den Pflichtteil anrechnen lassen, so beträgt der Pflichtteil nur $\frac{200+100}{2} = 150 - 100 = 50$. Er hat dann zusammen nur 150 erhalten. Die Anrechnungspflicht verkürzt deshalb unter allen Umständen den Pflichtteil des A und enthält somit einen Erbverzicht, der, wenn er vertragsmäßig erfolgt, nach §§ 2346 Abs 2, 2348 der öffentlichen Beurkundung bedarf (**RG** 71, 136). Der gleiche Erfolg tritt zwar auch dann ein, wenn die Anrechnungsbestimmung sogleich mit der Zuwendung verbunden wird. Allein ein eigentlicher Vertrag ist hierbei nicht in Frage. Entscheidend ist die Bestimmung des Zuwendenden. Die Zuwendung erhält damit eine besondere rechtliche Beschaffenheit und nur so wie sie beschaffen ist, kann sie der Pflichtteilsberechtigte annehmen oder ablehnen. Sein Widerspruch gegen die Bestimmung wäre, wenn er trotzdem annimmt, unwirksam. Die Annahme in Unkenntnis der Bestimmung hätte Nichtigkeit der Zuwendung zur Folge und würde den Bereicherungsanspruch des Erblassers oder des Nachlasses aus § 812 entstehen lassen. Ob die Anrechnung **auf den Pflichtteil** oder auf den gesetzlichen Erbteil und damit nur mittelbar auf den Pflichtteil (§§ 2303 Abs 1, 2316) vom Erblasser gewollt und dem Empfänger erkennbar gemacht ist, ist lediglich Tatfrage. Ist er wirklich Erbe geworden, so ist der Erblasser durch § 2315 nicht gehindert, ihm die Anrechnungspflicht letztwillig aufzuerlegen, soweit sie nicht zur Schmälerung des Pflichtteils führt (§ 2306 A 2).

6. **Hinzurechnung.** Der Wert der Zuwendung erhöht, wiewohl nur rechnungsmäßig und nur im Verhältnis zu demjenigen Pflichtteilsberechtigten, welcher die Zuwendung empfangen hat, den nach § 2311 zugrunde zu legenden Wert des Gesamtnachlasses (anders im Falle des § 2316 A 7, vgl. auch §§ 2325 A 2, 2327 A 2). Die Erb- oder Pflichtteile anderer Beteiligter werden hiervon nur dann berührt, wenn es sich um ausgleichungspflichtige Zuwendungen an Abkömmlinge handelt (§ 2316). Kommen verschiedene lediglich auf den Pflichtteil anzurechnende Zuwendungen an verschiedene Pflichtteilsberechtigte in Frage, so ist der Berechnung eines jeden Pflichtteils auch ein verschiedener Gesamtbestand des Nachlasses zugrunde zu legen. Haben z. B. an derartigen Zuwendungen empfangen bei einem Nachlaßreinbestand von 2000 der überlebende Ehegatte E 200, die Abkömmlinge A 300, B 450, C 50, so ist der Pflichtteil des E von 2200, des A von 2300, des B von 2450, des C von 2050 fiktivem Nachlaßbestand zu berechnen.

7. Für die **Wertsbestimmung** ist die Zeit der Leistung, nicht wie in § 2311 des Erbfalls maßgebend. Spätere Wertsveränderungen und selbst der Untergang der zugewendeten Sache kommen nicht in Betracht. Ist der Wert durch Vereinbarung zwischen Erblasser und Zuwendungsempfänger bestimmt worden, so ist bei der nachgiebigen Fassung des Gesetzes der vereinbarte Wert maßgebend. Sind durch Festsetzung eines zu niedrigen Werts andere Pflichtteilsberechtigte benachteiligt, so kann ihnen der Ergänzungsanspruch nach § 2325 zustehen. Dagegen ist die Vereinbarung eines zu hohen, den Empfänger im Pflichtteil benachteiligenden Wertes als Erbverzicht zu beurteilen (A 5).

8. Die **Anrechnungspflicht** trifft auch **den nachrückenden Abkömmling**, der an Stelle des nächstberechtigten, aber weggefallenen Abkömmlings pflichtteilsberechtigt geworden ist. Was in § 2051 A 1/2 von der Ausgleichungspflicht gesagt ist, gilt hier von der Anrechnungspflicht. Entsprechende Anwendung ist auch dann geboten, wenn ein Fremder als Erbe eingesetzt und der nachrückende Abkömmling der einzige in Betracht kommende Pflichtteilsberechtigte ist. Der Erblasser kann die Anwendung des § 2051 dadurch ausschließen, daß er die Anrechnung dem Empfänger der Zuwendung nur für seine Person zur Pflicht macht. Der Nachrückende ist hierfür beweispflichtig. Zu beachten ist, daß der nachrückende Abkömmling nach § 2309 A 3/4 nur insoweit pflichtteilsberechtigt ist, als der durch Ausschlagung, Erbunwürdigkeit, Erbverzicht oder Pflichtteilsentziehung Weggefallene den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt. Nun kann zwar der Empfänger der anrechnungspflichtigen Zuwendung, soweit er anrechnungspflichtig ist, den Pflichtteil „nicht verlangen". Aber doch nur deshalb nicht, weil er durch den Vorempfang hierauf schon bei Lebzeiten abgefunden worden ist, ohne daß ihm die einmal empfangene Zuwendung wieder entzogen werden kann. Mit Planck A 8, b muß eine derartige Vorausgewährung dem Hinterlassenen gleichgestellt werden. Die Annahme der Zuwendung als „des Hinterlassenen" läßt es deshalb insoweit überhaupt nicht zum Nachrücken entfernterer Pflichtteilsberechtigter kommen. Soweit dennoch die Eltern des Erblassers nachrücken, z. B. wegen Erbunwürdigkeit des einzigen Abkömmlings, der durch anrechnungspflichtige Zuwendungen bereits teilweise auf den Pflichtteil abgefunden ist, haben sie praktisch die Anrechnungspflicht ebenfalls gegen sich gelten zu lassen. Zwar nicht auf Grund von § 2315 Abs 3, der nur auf Abkömmlinge berechnet ist. Wohl aber auf Grund von § 2309, der ein Pflichtteilsrecht der Eltern nur insoweit entstehen läßt, als der weggefallene Abkömmling nicht schon unter Lebenden hierauf abgefunden war. Ist er schon vor dem Erblasser verstorben, so hat sich damit die Anrechnungspflicht überhaupt erledigt. Die Eltern können dann kraft eigenen Rechts ihren vollen Pflichtteil fordern (§ 2309 A 3 Eing.).

§ 2316

Der Pflichtteil eines Abkömmlings bestimmt sich, wenn mehrere Abkömmlinge vorhanden sind[1]) und unter ihnen im Falle der gesetzlichen Erbfolge eine Zuwendung des Erblassers zur Ausgleichung zu bringen sein würde[2]), nach demjenigen, was auf den gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Teilung entfallen würde[3]). Ein Abkömmling, der durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, bleibt bei der Berechnung außer Betracht[4]).

Ist der Pflichtteilsberechtigte Erbe und beträgt der Pflichtteil nach Abs. 1 mehr als der Wert des hinterlassenen Erbteils, so kann der Pflichtteilsberechtigte von den Miterben den Mehrbetrag als Pflichtteil verlangen, auch wenn der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils erreicht oder übersteigt[5]).

Eine Zuwendung der im § 2050 Abs. 1 bezeichneten Art kann der Erblasser nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen[6]).

Ist eine nach Abs. 1 zu berücksichtigende Zuwendung zugleich nach § 2315 auf den Pflichtteil anzurechnen, so kommt sie auf diesen nur mit der Hälfte des Wertes zur Anrechnung[7]).

E I 1989 Abs 1 Nr 3, Abs 4, 1990 Abs 2 II 2181 M 5, 410—416 P 5, 521—525, 892; 6, 102, 103, 320, 351 KB 323 ff.

1. Es handelt sich um die **Berechnung des Pflichtteils eines Abkömmlings neben andern Abkömmlingen**, nicht wie in § 2315 A 1 des Pflichtteilsberechtigten schlechthin, und zwar um die nähere Bestimmung des nach § 2303 A 4 hierfür maßgebenden gesetzlichen

Erbteils. Die andern — näheren oder entfernteren — Abkömmlinge (§ 2309) müssen vorhanden sein, d. h. zur Zeit des Erbfalls gelebt haben. Ob sie, allein oder neben Fremden, Erben oder Pflichtteilsberechtigte geworden sind, ist gleichgültig, wofern sie nur gemäß § 2310 „mitgezählt werden". Nur der Verzichtende bleibt außer Betracht (A 4).

2. **Ausgleichungspflicht** im Falle der gesetzlichen Erbfolge §§ 2050 ff. Der Pflichtteil kann durch nachträgliche Anordnung der Ausgleichungspflicht nicht mehr beeinträchtigt werden, außer wenn der Berechtigte durch Erbverzicht einwilligt (RG 71, 135).

3. Auch wenn es nicht zur gesetzlichen Erbfolge und damit zur Durchführung der Ausgleichung kommt, so wird doch die Ausgleichungspflicht **rechnungsmäßig berücksichtigt.** Die Hälfte des auf dieser Grundlage ermittelten gesetzlichen Erbteils bildet den Pflichtteil. Dabei ist festzuhalten, daß die Ausgleichung nur unter den Abkömmlingen und nur innerhalb des auf sie entfallenden Nachlaßanteils stattfindet. Erb- und Pflichtteil des überlebenden Ehegatten werden hiervon nicht beeinflußt. Beispiel: Nachlaß 2000, Erben neben dem Ehegatten E die Abkömmlinge A mit 1250, B mit 0, C mit 250 ausgleichungspflichtigen Zuwendungen. Gesetzlicher Erbteil des E $\frac{2000}{4} = 500$, hiervon $^1/_2$ Pflichtteil = 250. Der gesetzliche Erbteil jedes Abkömmlings beträgt $\frac{1500 + 1250 + 250}{3} = 1000$, mit Anrechnung der Vorempfänge für A 1000—1250 = 0, für B 1000 — 0 = 1000, für C 1000 — 250 = 750. Hiervon $^1/_2$ Pflichtteil für A = 0, für B = 500, für C = 375.

4. Im Falle des **Erbverzichts** wird der Verzichtende nach § 2310 A 2 nicht mitgezählt, wenn sich der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht erstreckte. In diesem Falle kommt eine Hinzurechnung der ihm gemachten Zuwendungen zum Nachlaß ebensowenig in Frage, wie wenn er vor dem Erblasser gestorben wäre. Dasselbe gilt von den Abkömmlingen des Verzichtenden, wenn der Verzicht nach § 2349 auch für sie wirksam ist. War er dagegen auf die Person des Verzichtenden beschränkt, so sind die nachrückenden Abkömmlinge gemäß § 2051 A 2 an seiner Stelle zur Ausgleichung verpflichtet. Auf dieser Grundlage ist mithin auch ihr Pflichtteil zu berechnen. Hatte der Verzicht nur den Pflichtteil zum Gegenstande (§ 2346 A 4), so wird der Verzichtende mitgezählt (§ 2310 A 2). Kommt auch sein eigener Pflichtteil nicht mehr in Betracht, so ist doch derjenige der übrigen Abkömmlinge nach Ausgleichungsgrundsätzen (A 3) und zwar unter Einbeziehung des Verzichtenden zu berechnen. Rücken infolge des Pflichtteilsverzichts entferntere oder gleichnahe Abkömmlinge nach, so berechnet sich ihr Pflichtteil ebenfalls auf Grund des § 2051 A 2.

5. **Mehrbetrag des Pflichtteils.** Die Hinzurechnung der Vorempfänge erhöht rechnungsmäßig den Bestand des Nachlaßanteils der Abkömmlinge und kann, verglichen mit dem reinen Nachlaß, auf Kosten des Pflichtteilsschuldners, des Erben (a. M. Staudinger A VI), zu einer Vergrößerung des einen oder des andern Pflichtteils führen. Diese Vergrößerung soll dem Pflichtteilsberechtigten auch dann zustatten kommen, wenn er selbst als Erbe eingesetzt ist. In diesem Falle könnte er nach dem Wortlaute des § 2305 mit dem Pflichtteilsanspruche Vervollständigung des zu niedrig bemessenen Pflichtteils nur nach dem Reinbestande des Nachlasses fordern. Und auch dieser Anspruch wäre ausgeschlossen, wenn er auf einen Bruchteil des Nachlasses eingesetzt ist, der der Hälfte seines gesetzlichen, aber wiederum nach dem Reinbestande zu berechnenden Erbteils gleichkommt oder sie übersteigt. Abs 2 sichert dem Pflichtteilserben in beiden Fällen das Recht, seinem Anspruch auf Vervollständigung die in Abs 1 angeordnete fiktive Wertsberechnung zugrunde zu legen. So könnten, wenn in dem Beispiele A 3 von den drei auf je $^1/_8$ pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen B auf $^1/_5$ (also genügend hoch), C auf $^1/_{20}$ (also zu niedrig) eingesetzt wäre, bei einem Reinbestande von 2000 der mit 400 Erbteil bedachte B überhaupt nichts, der mit 100 bedachte C nur die Differenz zwischen $^1/_{20}$ und $^1/_8 = {}^3/_{40}$ oder 150 zur Vervollständigung fordern. Nach Ausgleichungsgrundsätzen sollen aber fordern dürfen B zu 400 noch 100 = 500, C zu 100 noch 275 = 375.

6. Der Erblasser kann dem mit der **Ausstattung** oder gewissen **Zuschüssen und andern Aufwendungen** bedachten Abkömmling die Ausgleichungspflicht sogleich bei der Zuwendung oder nachträglich durch Verfügung von Todeswegen erlassen (§ 2050 A 4, 6). Der Erlaß ist jedoch unwirksam soweit er andern Pflichtteilsberechtigten zum Nachteil gereicht. Diese Unwirksamkeit folgt schon aus allgemeinen Grundsätzen, wonach die Bevorzugung eines Abkömmlings in dem Pflichtteilsrecht der übrigen ihre Grenze findet (Prot 5, 892). Haben sie im Falle des § 2050 Abs 3 durch eine bei der Zuwendung getroffene Anordnung des Erblassers einmal das Recht erlangt, Ausgleichung zu fordern, so können sie sich dieses Rechtes nur in der Form des Erbverzichts (§ 2346 Abs 2) begeben. Die Bezugnahme auf § 2050 Abs 1 begreift zugleich den nur als Ergänzung hierzu dienenden Abs 2 in sich. Sie besagt, daß der Erblasser zum Nachteil Pflichtteilsberechtigter die Ausgleichung der (angemessenen oder übermäßigen) Ausstattung sowie der übermäßigen Zuschüsse und Ausbildungskosten auch bei der Zuwendung selbst

nicht wirksam erlassen kann. Übrigens wäre, soweit es sich hierbei um Schenkungen handelt, auch der Pflichtteilsergänzungsanspruch nach §§ 2325 ff. gegeben. Darüber, daß umgekehrt zum Nachteil des betreffenden Pflichtteilsberechtigten selbst die Ausgleichungspflicht nicht nachträglich angeordnet werden kann vgl. RG 67, 309.

7. **Zusammentreffen von Ausgleichungspflicht und Anrechnungspflicht** auf den Pflichtteil nach § 2315 Abs 1. Durch Halbierung des nach Ausgleichungsgrundsätzen ermittelten gesetzlichen Erbteils (Beispiel A 3) ist dem Pflichtteilsberechtigten die eine Wertshälfte der Zuwendung bereits auf den Pflichtteil angerechnet. Es versteht sich deshalb von selbst und wird durch Abs 4 nur klargestellt, daß für nochmalige Anrechnung derselben Zuwendung auf den Pflichtteil nur die andere Hälfte übrig bleibt. Die durchgeführte Anrechnung ergibt mithin, da eine Herauszahlung niemals in Frage kommen kann (§ 2315 A 2), in dem Beispiel A 3 für A 0—625 = 0, für B 500—0 = 500, für C 375—125 = 250 als endgültigen Pflichtteil. Diese Berechnungsweise ist auch festzuhalten, wenn, wie in unserem Beispiele, auf einen Nachlaß von 2000 Mk. *sowohl Abkömmlinge als der überlebende Ehegatte E pflichtteilsberechtigt* sind. Zwar sind die Zuwendungen, deren Anrechnung auf den Pflichtteil zu erfolgen hat, nach der Regel des § 2315 A 6 dem Gesamtnachlasse (2000) hinzuzurechnen, während dieselben Zuwendungen in ihrer Eigenschaft als Ausgleichungsposten gemäß § 2055 A 2 nur zu der auf die Abkömmlinge entfallenden Sondermasse (1500) hinzutreten. Eine Lösung dieses vom Gesetzgeber nicht bedachten Widerspruchs ist unmöglich. Man wird sich deshalb entweder für die eine oder die andere Berechnungsweise zu entscheiden haben. Diese Entscheidung kann, da das Gesetz eine Ausgleichung unter andern Erben als Abkömmlingen schlechterdings nicht kennt (§§ 2050 ff., 2055), nur dahin gehen, daß die ausgleichungspflichtige Zuwendung auch insoweit, als sie zugleich auf den Pflichtteil anzurechnen ist, immer nur der Sondererbmasse der Abkömmlinge hinzugerechnet werden darf. Anders, wenn es sich *nebeneinander* um Ausgleichungsposten im Sinne von § 2050, zugleich aber auch um Zuwendungen handelt, die lediglich auf den Pflichtteil anzurechnen sind (§ 2315 Abs 1). In diesem Falle besteht kein Hindernis, die letzteren dem Gesamtnachlasse hinzuzuzählen, von dem so ermittelten Bestande die Sondererbmasse der Abkömmlinge abzuzweigen, dieser die reinen Ausgleichungsposten hinzuzufügen, danach für beide Gruppen gesondert die gesetzlichen Erbteile, die Pflichtteile und die hierauf anzurechnenden Vorempfänge einzustellen und hiernach den endgültigen Pflichtteil zu bestimmen. *Beispiel*: Nachlaß 2000, ausgleichungspflichtige Zuwendungen za, nur auf den Pflichtteil anzurechnende Zuwendungen zp, ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtige Zuwendungen zap. Es haben erhalten E 200 zp, A 1250 za und 300 zp, B 450 zp, C 250 zap und 50 zp. Der rechnungsmäßige *Gesamtbestand* des Nachlasses beträgt für sämtliche Beteiligte, den überlebenden Ehegatten E wie die drei Abkömmlinge A, B, C zunächst 2000 Reinbestand + der einem jeden von ihnen gemachten, nur auf den Pflichtteil anzurechnenden Zuwendungen zp, mithin für E 2000 + 200 = 2200, für A 2000 + 300 = 2300, für B 2000 + 450 = 2450, für C 2000 + 50 = 2050 (§ 2315 A 6). Hiervon kommen $^3/_4$ als *Sondermasse* der drei Abkömmlinge in Betracht, die jedoch jedem gegenüber verschieden, nämlich für A mit 1725, für B mit $1837^1/_2$ für C mit $1537^1/_2$ einzusetzen ist. Jeder dieser drei Sondermassen sind wiederum die allen Abkömmlingen gemachten bloß ausgleichungspflichtigen Zuwendungen za, ebenso aber auch die sowohl ausgleichungspflichtigen als auf den Pflichtteil anzurechnenden Zuwendungen zap hinzuzurechnen. Danach bestimmt sich z. B. für C sein gesetzlicher Erbteil auf $1537^1/_2$ + 1250 (A za) + 250 (C zap) = $\frac{3037^1/_2}{3}$ = $1012^1/_2$ — 250 zap = $762^1/_2$. Hiervon $^1/_2$ = $381^1/_4$ Pflichtteil, darauf anzurechnen noch $^1/_2$ von 250 zap = 125 + 50 zp, bleiben $381^1/_4$ — 175 = $206^1/_4$ endgültiger Pflichtteil des C. Handelt es sich nur um ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtige Zuwendungen (zap) und kommen bloß Abkömmlinge in Frage, so ist rechnerisch das Ergebnis dasselbe, wenn man den Pflichtteil sogleich von den um die Hinzurechnungen vermehrten Nachlaß berechnet und hiervon die betreffende Zuwendung in voller Höhe absetzt. Vielfach abweichende Berechnungsmethoden, s. Zit. bei Planck A 8, a und b. — Auskunftspflicht der Beteiligten in entsprechender Anwendung des § 2057. Zuwendungen aus dem Gesamtgute § 2331.

§ 2317

Der Anspruch auf den Pflichtteil entsteht mit dem Erbfalle[1]).
Der Anspruch ist vererblich und übertragbar[2]).

E I 1992 II 2182 M 5, 417—419 P 5, 525—527.

1. Der **Pflichtteilsanspruch** begründet als reine, im übrigen nach dem Rechte der Schuldverhältnisse zu beurteilende Geldforderung eine Nachlaßverbindlichkeit (§ 1967 A 4).

Der Erbe haftet dafür nach allgemeinen Grundsätzen. Jedoch kann begriffsmäßig vom Pflichtteil nicht die Rede sein, wenn der Nachlaß von vornherein überschuldet ist. Der Anspruch folgt im Range erst hinter den sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1973 A 4), jedoch vor Vermächtnissen und Auflagen (§§ 1974 A 7, 1991 A 4), soweit nach § 2189 nichts anderes angeordnet ist. Er wird durch das Aufgebot nicht betroffen (§ 1972, s. aber § 2060 A 3) und kann nur gegen den Erben oder den Miterben (§ 2305 A 2). nicht gegen den Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden (§ 2213 A 3 aber auch ZPO § 748 Abs 3). Gerichtsstand der Erbschaft ZPO § 27. Er entsteht mit dem Erbfalle (§ 1922), unmittelbar kraft des Gesetzes. Entsteht er erst durch Ausschlagung des Erbteils oder des Vermächtnisses (§§ 2306 A 4, 2307 A 1), so gilt er vermöge der Fiktion der §§ 1953 A 1, 2180 A 4 gleichwohl als schon zur Zeit des Erbfalls entstanden. Ebenso im Falle des § 2309 bei Wegfall des vorgehenden Berechtigten. Er entsteht überhaupt nicht im Falle eines mit dem Erblasser abgeschlossenen Erbverzichtsvertrags (§ 2346). Einmal entstanden kann die Pflichtteilsschuld dem Erben durch formlosen Vertrag erlassen (§ 397), nicht aber, wie das Vermächtnis (§ 2176) einseitig ausgeschlagen werden. Die Frau bedarf hierzu nicht der Zustimmung des Mannes (§§ 1406 Nr 1, 1453, 1519, 1549), wohl aber bedürfen Vater und Vormund der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§§ 1822 Nr 2, 1643 Abs 2).

2. Der einmal entstandene Anspruch ist **vererblich** und **übertragbar** gemäß §§ 398 ff. Mit dem Erbteil kann die Befugnis zur Ausschlagung nach § 2306, als höchstpersönliches Recht des Erben (§ 2033 A 3), nicht oder doch nur der Ausübung nach übertragen werden. Dagegen steht die Befugnis zur Ausschlagung des Vermächtnisses und Geltendmachung des Pflichtteils nach § 2307 auch dem Erwerber des Vermächtnisses zu, der damit nur eine Forderung durch eine andere ersetzt. Der Abtretung steht trotz § 400 nicht entgegen, daß der Pflichtteilsanspruch nach ZPO § 852 nur pfändbar ist, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Nur unter dieser Voraussetzung ist gegen den Anspruch Aufrechnung zulässig (§ 394) und gehört er auch zur Konkursmasse (KO § 1). Verjährung § 2332.

§ 2318

Der Erbe kann die Erfüllung eines ihm auferlegten Vermächtnisses soweit verweigern, daß die Pflichtteilslast von ihm und dem Vermächtnisnehmer verhältnismäßig getragen wird. Das Gleiche gilt von einer Auflage[1]).

Einem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer gegenüber ist die Kürzung nur soweit zulässig, daß ihm der Pflichtteil verbleibt[2]).

Ist der Erbe selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er wegen der Pflichtteilslast das Vermächtnis und die Auflage soweit kürzen, daß ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt[3]).

E I 1993 II 2183 M 5, 420, 421 P 5, 546—548.

1. **Die Pflichtteilslast:** die Verbindlichkeit zur Leistung des Pflichtteils trifft grundsätzlich den Erben. Hiervon kann ihn auch der Erblasser nicht befreien. Das Gesetz gewährt ihm jedoch im Verhältnis zu Vermächtnisnehmern und Auflagebeteiligten einen Ausgleich dafür, daß der Pflichtteil nach dem Reinbestande des Nachlasses und ohne Rücksicht auf die hiervon noch zu entrichtenden Vermächtnisse und Auflagen berechnet wird (§ 2311 A 1). Der Erbe darf auch sie zur Tragung der Pflichtteilslast mit heranziehen, indem er den Betrag des Vermächtnisses rc. verhältnismäßig, d. h. um soviel kürzt, als dem Werte des Vermächtnisses rc. im Verhältnis zum Reinbestande des Nachlasses entspricht, z. B. 500 Vermächtnis: 2000 Nachlaß = 1 : 4. Daher trägt von 400 Pflichtteil der Vermächtnisnehmer 100, sein Vermächtnis kürzt sich von 500 auf 400, er kann sich aber dafür gegebenenfalls durch verhältnismäßige Kürzung ihm etwa auferlegter Beschwerungen erholen (§ 2188). Die Pflichtteilslast ist auch von den sogen. gesetzlichen Vermächtnissen mitzutragen, so vom Recht auf den Dreißigsten (§ 1969), dagegen nicht von dem bloß auf den Erbteil des nasciturus gelegten Unterhaltsanspruch des § 1963. Der Voraus (§ 1932) kann zwar zur Deckung des Pflichtteils der Abkömmlinge, nicht aber auch desjenigen der Eltern herangezogen werden, da er bei Berechnung des elterlichen Pflichtteils bereits voll abgezogen ist (§ 2311 A 2). Abs 1 enthält nur ergänzendes Recht. Der Erblasser kann zugunsten des Erben wie der Vermächtnisnehmer rc. hiervon abweichende Anordnungen treffen (§ 2324), auch unter mehreren Vermächtnissen rc. das eine oder das andere von Mittragung der Last befreien (§ 2189). Gegenüber dem Vermächtnisanspruch ist es Einrede, wenn der Erbe Kürzung auf Grund der Pflichtteilslast verlangt. Für deren Voraussetzungen ist er beweispflichtig.

2. Die Absätze 2 und 3 enthalten zwingende Vorschriften, durch die das Kürzungsrecht des Erben teils eingeschränkt (Abs 2), teils erweitert wird (Abs 3). Der Erbe kann das Vermächtnis gemäß Abs 1 nur bis auf den Belauf des Pflichtteils herabdrücken und muß es voll entrichten, wenn dem **pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer** damit nicht mehr als sein Pflichtteil zugewendet ist (§ 2307). Dagegen kann er sich gemäß Abs 1 wegen der hierdurch eintretenden Erhöhung seiner Pflichtteilslast an andern ihm etwa auferlegten Vermächtnissen 2c. schadlos halten.

3. Ist der **Erbe selbst pflichtteilsberechtigt,** so bildet sein eigener Pflichtteil die äußerste Grenze, bis zu der er die Pflichtteilslast zu tragen hat. Darüber hinaus liegt sie ausschließlich den Vermächtnisnehmern dergestalt ob, daß sie sich die hierzu erforderlichen Kürzungen vom Erben gefallen lassen müssen. Übersteigt sein Erbteil von vornherein nicht den Pflichtteil, so sind nach § 2306 A 3 die ihm auferlegten Vermächtnisse usw. ohnedies zu streichen. Ist sein Erbteil größer und hat er nicht ausgeschlagen (ib. A 4), so hat er damit auch die Verpflichtung zur Entrichtung der Vermächtnisse usw. selbst auf Kosten des eigenen Pflichtteils übernommen (OLG 14, 308). Er kann mithin nur insoweit Übertragung der Pflichtteilslast verlangen, als es sich um Befriedigung dritter Pflichtteilsberechtigter handelt. Der eigene Pflichtteil verbleibt ihm nur in dem durch die Vermächtnisse usw. bereits geminderten Umfange. Weitere Beeinträchtigungen braucht er jedoch nicht zu dulden. Er kann vielmehr die jetzt noch hinzutretende Pflichtteilslast vollständig auf die Vermächtnisse usw. abwälzen. Reichen sie hierzu nicht aus, so darf er das Vermächtnis eines Pflichtteilsberechtigten auch über die Grenze des Abs 2 hinaus mit heranziehen, da das eigene Pflichtteilsrecht des Erben vor demjenigen des Vermächtnisnehmers jedenfalls den Vortritt hat. — In Abs 3 ist ein Alleinerbe vorausgesetzt, mehrere Erben s. § 2319. Besondere Gestaltungen der Pflichtteilslast in §§ 2320—2323.

§ 2319

Ist einer von mehreren Erben selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er nach der Teilung die Befriedigung eines andern Pflichtteilsberechtigten soweit verweigern, daß ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt[1]). Für den Ausfall haften die übrigen Erben[2]).

E II 2184 P 5, 546—548.

1. Handelt es sich um **mehrere Erben,** so werden die Pflichtteilsansprüche gleich andern Nachlaßverbindlichkeiten regelmäßig im Laufe der Auseinandersetzung befriedigt (§ 2046 A 1). Bis zur Teilung ist der einzelne Miterbe durch § 2059 geschützt. **Nach der Teilung** haftet er gegenüber dem noch unbefriedigten Pflichtteilsgläubiger grundsätzlich als Gesamtschuldner, jedoch in den Fällen der §§ 2060, 2061 nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil des Anspruchs. Das Gesetz gewährt dem **selbst pflichtteilsberechtigten Miterben** eine in § 2318 Abs 3 auch dem Alleinerben eingeräumte zerstörende Einrede, durch die er sich vom Pflichtteilsanspruch insoweit freimacht, als er im eigenen Pflichtteil verkürzt würde. Diese Einrede, für die der Miterbe beweispflichtig ist, steht ihm auch zu, wenn er unbeschränkt haftet, da hiervon der Pflichtteilsanspruch selbst in seinem Inhalte betroffen wird. Auch hier ist der eigene Pflichtteil des Miterben im Falle des § 2306 A 4 nur in dem durch etwaige Beschwerungen geminderten Umfange zu verstehen (vgl. § 2318 A 3).

2. Der oder die **übrigen nichtpflichtteilsberechtigten Erben haften für den Ausfall** gemäß §§ 2058, 2060 ff. Der Erblasser kann zwar im Verhältnis dieser Erben zueinander die Pflichtteilslast regeln (§ 2324), sie aber nicht ganz hiervon befreien. — Das Gleiche beim Pflichtteilsergänzungsanspruch § 2328.

§ 2320

Wer an Stelle des Pflichtteilsberechtigten gesetzlicher Erbe wird[1]), hat im Verhältnisse zu Miterben die Pflichtteilslast[2]) und, wenn der Pflichtteilsberechtigte ein ihm zugewendetes Vermächtnis annimmt, das Vermächtnis in Höhe des erlangten Vorteils zu tragen[3]).

Das Gleiche gilt im Zweifel von demjenigen, welchem der Erblasser den Erbteil des Pflichtteilsberechtigten durch Verfügung von Todes wegen zugewendet hat[4]).

E I 1995, 1996 Abs 1 II 2185 M 5, 421—424 P 5, 548—550.

1. Als **gesetzlicher Erbe an Stelle des Pflichtteilsberechtigten** — aber so, daß letzterem der Pflichtteilsanspruch verbleibt — kommt in Betracht, wer infolge Ausschließung von der Erbfolge (§ 2303 A 2) oder Ausschlagung (§ 2306 A 4) nachrückt.

2. Der einrückende Erbe übernimmt damit nach außen die Haftung für den Pflichtteilsanspruch als Nachlaßverbindlichkeit. Da aber dieselbe Tatsache, welche den Pflichtteilsanspruch erzeugt, ihm den Vorteil der Erbenstellung verschafft, so entspricht es der Billigkeit, daß er **im Verhältnisse zu Miterben** insoweit auch die **Pflichtteilslast** allein trägt. Dies hat auch dann zu gelten, wenn er schon ohnedies Erbe ist, aber infolge Wegfalls des Pflichtteilsberechtigten im Erbteil erhöht wird (§ 1935 A 3). Die Pflichtteils- oder Vermächtnislast trifft ihn jedoch nur **in Höhe des erlangten Vorteils.** Dabei kommen die mit der Erbenstellung überkommenen Beschwerungen (s. auch § 2322), insbesondere die Haftung für sonstige Pflichtteilsansprüche in Betracht. Aber auch der Vorteil, der darin liegt, daß z. B. der überlebende Ehegatte statt neben Abkömmlingen nunmehr neben Eltern usw. erbt und deshalb sowohl durch Erhöhung des Erbteils als durch den Anspruch auf den Voraus begünstigt wird (§§ 1931, 1932).

3. Ob das **Vermächtnis** dem Pflichtteilsberechtigten zur Abfindung auf den Pflichtteil (§ 2307) oder freiwillig nach Entziehung des Pflichtteils oder für den Fall der Ausschlagung zugewendet ist, macht keinen Unterschied.

4. Der Grundsatz des Abs 1 wird im Wege gesetzlicher Auslegungsregel auf die **gewillkürte Erbfolge** ausgedehnt. Er gilt auch im Falle der Anwachsung nach § 2094 und der Ersatzberufung § 2096. Im übrigen braucht die Zuwendung nicht gerade als „Erbteil" des Pflichtteilsberechtigten bezeichnet zu werden, wenn sonst die Absicht erhellt, den an Stelle des Ausgeschlossenen oder Ausschlagenden Berufenen in gleicher Weise zu bedenken. Nach § 2324 kann der Erblasser abweichende Anordnungen treffen, insbesondere die Pflichtteilslast auch den Miterben auferlegen.

§ 2321

Schlägt der Pflichtteilsberechtigte ein ihm zugewendetes Vermächtnis aus, so hat im Verhältnisse der Erben und der Vermächtnisnehmer zueinander derjenige, welchem die Ausschlagung zustatten kommt, die Pflichtteilslast in Höhe des erlangten Vorteils zu tragen[1]).

E I 1996 Abs 1 II 2186 M 5, 422, 423 P 5, 550, 551.

1. **Schlägt der Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis aus** und fordert er dafür gemäß § 2307 den Pflichtteil, so entspricht es der Billigkeit, daß die Pflichtteilslast, zu deren Erfüllung das Vermächtnis bestimmt war, hiermit auch dann verbunden bleibt, wenn es einem andern (Ersatzbedachten, Anwachsungsberechtigten) anfällt oder daß die Pflichtteilslast von dem getragen wird, der durch die Ausschlagung befreit und somit um den Wert des Vermächtnisses bereichert wird (der beschwerte Erbe oder Vermächtnisnehmer). Dies alles nur in Höhe des durch die Ausschlagung erlangten Vorteils (§ 2320 A 2). Zwar steht der Pflichtteilsanspruch selbst nur gegen die Erben zu. Der Leistende hat aber einen schuldrechtlichen Ausgleichungsanspruch gegen denjenigen, welchem das ausgeschlagene Vermächtnis zustatten gekommen ist (Kürzungsrecht desselben § 2322) und darf, soweit dieser reicht oder soweit er selbst der Gewinnende ist, andere Vermächtnisnehmer nicht gemäß § 2318 A 1 zur Pflichtteilslast heranziehen (§ 2323). War mit dem ausgeschlagenen (Unter-) Vermächtnis ein anderer Vermächtnisnehmer beschwert, so kann er diesen, schon bevor er den Pflichtteil auszahlt, durch Zurückbehaltung des Hauptvermächtnisses zur Erstattung nötigen § 273). Abweichende Anordnungen des Erblassers § 2324.

§ 2322

Ist eine von dem Pflichtteilsberechtigten ausgeschlagene Erbschaft oder ein von ihm ausgeschlagenes Vermächtnis mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so kann derjenige, welchem die Ausschlagung zustatten kommt, das Vermächtnis oder die Auflage soweit kürzen, daß ihm der zur Deckung der Pflichtteilslast erforderliche Betrag verbleibt[1]).

E I 1996 Abs 2 II 2187 M 5, 423, 424 P 5, 549—551.

1. Die Vorschrift knüpft an §§ 2320, 2321 an, wonach die Pflichtteilslast von dem an Stelle des ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten nachrückenden Erben oder von dem durch Ausschlagung des Vermächtnisses Gewinnenden zu tragen ist. Waren die ausgeschlagenen Zuwendungen selbst wieder **mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert,** so gehen außer der Pflichtteilslast nach §§ 2161, 2192 auch diese Beschwerungen auf den Nachrückenden oder Gewinnenden über. Bezüglich der Beschwerungen ist er als Erbe durch §§ 1935, 2095 und 1992, als Vermächtnisnehmer durch §§ 2159, 2187 dagegen

geschützt, auf mehr als den Betrag der Zuwendung in Anspruch genommen zu werden. § 2322 gestattet ihm, und zwar mit Vorrang vor den Beschwerungen, auch die Pflichtteilslast auf den Bedachten und Auflagebeteiligten abzuwälzen, wenn und soweit ihm hierfür nach Deckung der Beschwerungen nichts übrig bleibt. Reicht dagegen der Restbetrag der Zuwendung dazu aus, so hat er auch die Pflichtteilslast allein zu tragen, selbst wenn die Erbschaft oder das Vermächtnis hierdurch ganz erschöpft würden. Das Kürzungsrecht verbleibt dem Bedachten wie im Falle des § 2319 A 1, auch wenn er sonst unbeschränkt haften sollte. Der verkürzte Vermächtnisnehmer ist gemäß § 2188 auch seinerseits wieder zur Kürzung berechtigt. Der Erblasser kann abweichende Anordnungen treffen (§ 2324), auch durch Begünstigung eines einzelnen Vermächtnisses das Kürzungsrecht des Erben usw. entsprechend einschränken (§ 2189). Bezüglich des Voraus vgl. § 2318 A 1 a. E.

§ 2323

Der Erbe kann die Erfüllung eines Vermächtnisses oder einer Auflage auf Grund des § 2318 Abs. 1 insoweit nicht verweigern, als er die Pflichtteilslast nach den §§ 2320 bis 2322 nicht zu tragen hat[1]).

E I 1997 II 2188 M 5, 424 P 5, 551.

1. Die (nach § 2324 abänderungsfähige) Vorschrift dient dem Vermächtnisnehmer und Auflagebeteiligten als Mittel, den Beschwerten dazu zu zwingen, von den Befugnissen der §§ 2320—2322 zur Abwälzung der Pflichtteilslast auch wirklich Gebrauch zu machen.

§ 2324

Der Erblasser kann durch Verfügung von Todes wegen die Pflichtteilslast im Verhältnisse der Erben zueinander einzelnen Erben auferlegen[1]) und von den Vorschriften des § 2318 Abs. 1 und der §§ 2320 bis 2323 abweichende Anordnungen treffen[2]).

E I 1994 Satz 2, 1998 II 2189 M 5, 421, 424 P 5, 548, 551.

1. Die Pflichtteilsschuld **mehrerer Erben** ist nach außen immer eine gemeinschaftliche und grundsätzlich gesamtschuldnerische Verbindlichkeit gemäß §§ 2058 ff. Nur **im Verhältnis zueinander** kann sie der Erblasser damit verschieden beschweren (§ 2046 Abs 2) und dadurch gegenseitige schuldrechtliche Ausgleichungsansprüche unter ihnen begründen. § 2189 gestattet ihm, auch einem einzelnen Vermächtnisnehmer die Pflichtteilslast aufzuerlegen. Doch bleibt der Pflichtteilsberechtigte mit seinem Anspruch in jedem Falle an den Erben gewiesen (§ 2303 A 3).

2. Dem Erblasser ist jede **anderweite Regelung der Pflichtteilslast** gestattet, durch die er nicht in das eigene Pflichtteilsrecht des Erben (§§ 2318 A 3, 2319) oder des Vermächtnisnehmers (§ 2318 A 2) eingreift.

§ 2325

Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht[2]), so kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteils[1]) den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlasse hinzugerechnet wird[3]).

Eine verbrauchbare Sache kommt mit dem Werte in Ansatz, den sie zur Zeit der Schenkung hatte[4]). Ein anderer Gegenstand kommt mit dem Werte in Ansatz, den er zur Zeit des Erbfalls hat; hatte er zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert, so wird nur dieser in Ansatz gebracht[5]).

Die Schenkung bleibt unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind[6]); ist die Schenkung an den Ehegatten des Erblassers erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe[7]).

E I 2009, 2010 II 2190 M 5, 581—588; P 6, 104, 105.

1. Der Anspruch auf **Ergänzung des Pflichtteils** unterliegt grundsätzlich den Vorschriften über den (ordentlichen) Pflichtteilsanspruch, so auch bezüglich der Auskunftspflicht gemäß § 2314 (RG 73, . . 7.3. 10 IV 113/09). Er steht, wie nach § 2303 A 3 regelmäßig gegen den Erben und nur ausnahmsweise gegen den Beschenkten zu (§ 2329) und dient dazu, den

Berechtigten gegen Verkürzungen seines Pflichtteils unter Lebenden zu schützen. Ob er bereits zur Zeit dieser Verkürzung vorhanden und pflichtteilsberechtigt war oder ob er es erst später geworden, ist gleichgültig. Der Zeitpunkt des Erbfalls ist maßgebend.

2. Der Anspruch wird durch **Schenkungen** jeder Art (§ 516 A 4; **RG** Warn 08 Nr 205) begründet ohne Rücksicht auf den Betrag und darauf, ob sie aus dem Stammvermögen oder aus laufenden Einkünften oder ob sie in Benachteiligungsabsicht gemacht sind (§ 2287). Auch die das Maß übersteigende Ausstattung (§ 1624 Abs 1) und die vollzogene Schenkung von Todes wegen gehören hierher (§ 2301 Abs 2). Ebenso die Zuwendung an eine damit erst begründete Stiftung (**RG** 54, 399). Nur Anstands- 2c. Schenkungen sind ausgenommen (§ 2330). Der beschenkte **Dritte** kann ein Fremder, aber auch ein anderer Pflichtteilsberechtigter (Ehegatte in Abs 3) sein (**RG** 69, 390). Hat der Ergänzungskläger auch selbst ein Geschenk erhalten, so gilt § 2327. Klageberechtigt ist der Pflichtteilsberechtigte auch dann, wenn er im Streitfalle nicht als solcher, sondern als gesetzlicher Erbe in Betracht kommt (**RG** 58, 124).

3. Die Ausgleichung erfolgt auf Grund einer **fiktiven Berechnung des Nachlasses**, indem der verschenkte Gegenstand, d. h. der durch Schätzung ermittelte Wertbetrag der Schenkung ohne Abzüge (vgl. aber § 2329 A 3) dem nach § 2311 maßgebenden Bestande und zwar, wie im Falle des § 2315 A 6 des Gesamtnachlasses hinzugerechnet wird. Der sich hiernach herausstellende Mehrbetrag des Pflichtteils bildet, verglichen mit dem reinen Pflichtteil, die „Ergänzung". Auch das Schenkungsversprechen ist Schenkung im Sinne von Abs 1. Ist es noch nicht erfüllt, so ist es — wenn die Fälligkeit hinausgeschoben ist zum Zeitwerte (§ 2313 A 3) — ein Passivum und wird, wenn der Ergänzungsanspruch erhoben wird, zugleich ein Aktivum des Nachlasses. Gegenüber dem Beschenkten kann der Erbe Erfüllung nur verweigern, soweit er selbst pflichtteilsberechtigt ist (§ 2328).

4. **Verbrauchbare Sachen** § 92. Im Falle des Schenkungsversprechens ist die Zeit der Erteilung, nicht die Leistung (A 6) maßgebend (a. M. Strohal bei Planck A 3 a).

5. Die **Zeit des Erbfalls** bezüglich anderer Gegenstände (Sachen und Rechte § 90) entspricht der Regel des § 2311. Die Gefahr der Wertsverringerung oder des Untergangs der Sache hat sonach der Ergänzungsberechtigte zu tragen, selbst dann, wenn der Beschenkte daran Schuld trüge. Doch tritt in den Fällen des § 281 an Stelle des geschenkten Gegenstandes der Ersatz oder Ersatzanspruch. Ebensowenig kommt eine bis zum Erbfall eingetretene Wertssteigerung dem Ergänzungsberechtigten zugute. Wertschwankungen in der Zwischenzeit bleiben ganz außer Betracht. Ob sich der geschenkte Gegenstand noch im Vermögen des Beschenkten befindet, ist im Verhältnis zum Erben gleichgültig. Beweispflichtig für die behauptete Werthöhe ist der Ergänzungskläger. Wendet der Erbe ein, der Wert sei zur Zeit der Schenkung geringer gewesen, so liegt ihm der Beweis ob.

6. Die **zehnjährige Ausschlußfrist** (Berechnung §§ 187, 188) beginnt, abweichend von A 4 auch beim Schenkungsversprechen erst mit Leistung des Gegenstandes. Sie gilt nicht für die dem Ergänzungskläger selbst zugewendeten Schenkungen (§ 2327 A 2).

7. Alle an den **Ehegatten** gemachten Schenkungen sind ohne zeitliche Beschränkung anrechnungspflichtig. Auflösung der Ehe durch Tod, Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach §§ 1586 ff., Wiederverheiratung § 1348 Abs 2. — Der Pflichtteilsergänzungsanspruch ist auch dann gegeben, wenn die Schenkung bereits vor 1. 1. 00 erfolgt, der Erbfall aber erst nach dieser Zeit eingetreten ist (**RG** 54, 241; 58, 128). Zuständiges Gericht ZPO § 27.

§ 2326

Der Pflichtteilsberechtigte kann die Ergänzung des Pflichtteils auch dann verlangen, wenn ihm die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinterlassen ist[1]). Ist dem Pflichtteilsberechtigten mehr als die Hälfte hinterlassen, so ist der Anspruch ausgeschlossen, soweit der Wert des mehr Hinterlassenen reicht[2]).

E I 2011 II 2191 M 5, 461 P 5, 589.

1. Der Ergänzungsanspruch steht auch dann zu, wenn der Pflichtteilsberechtigte **wegen des ordentlichen,** nach dem Reinbestande des Nachlasses gemäß § 2303 A 4 berechneten **Pflichtteils gedeckt** ist und erst infolge der Hinzurechnung des Geschenks (§ 2325 A 3) sich eine Erhöhung des Pflichtteils herausstellt. So namentlich, wenn sich erst hierdurch der Nullbestand des reinen Nachlasses in einen Aktivbestand verwandelt.

2. Ist dem Pflichtteilsberechtigten, der auch als Alleinerbe berufen sein kann, **mehr als die Hälfte hinterlassen,** so erwirbt er den ordentlichen Pflichtteilsanspruch und zugleich den Ergänzungsanspruch nach § 2306 A 4 durch Ausschlagung des Zugewendeten. Zu dieser Ausschlagung ist er nicht genötigt, soweit er sich auf den Ergänzungsanspruch beschränken

will. Er muß sich jedoch das **mehr Hinterlassene hierauf anrechnen lassen**, soweit es den Betrag des ordentlichen, nach dem wirklichen Nachlaßbestande berechneten Pflichtteils übersteigt und hat keinen Anspruch auf Ergänzung, wenn er dafür bereits durch das mehr Zugewendete gedeckt ist. Dasselbe gilt nach § 2307 Abs 1, wenn er mit einem Vermächtnis bedacht ist. War ihm der größere Erbteil oder das größere Vermächtnis unter Beschränkungen oder Beschwerungen hinterlassen, so haben sie wie nach §§ 2306 A 3, 2307 A 3 für den ordentlichen, so auch für den Ergänzungsanspruch außer Betracht zu bleiben, wenn es sich um Ermittelung des Wertes des Hinterlassenen handelt. Mit Strohal und Zit. bei Planck A 4 wird jedoch dem Ergänzungsberechtigten aus § 119 das Recht auf Anfechtung der Annahme zuzugestehen sein, wenn er die beschränkte oder beschwerte Zuwendung, Erbteil oder Vermächtnis in Unkenntnis von der Schenkung angenommen hatte. Ob der Pflichtteilsberechtigte gewillkürter oder gesetzlicher Erbe geworden, macht wie für § 2325 (RG 58, 126) so auch für § 2326 keinen Unterschied.

§ 2327

Hat der Pflichtteilsberechtigte selbst ein Geschenk von dem Erblasser erhalten[1]), so ist das Geschenk in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlasse hinzuzurechnen und zugleich dem Pflichtteilsberechtigten auf die Ergänzung anzurechnen[2]). Ein nach § 2315 anzurechnendes Geschenk ist auf den Gesamtbetrag des Pflichtteils und der Ergänzung anzurechnen[3]).

Ist der Pflichtteilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers, so findet die Vorschrift des § 2051 Abs. 1 entsprechende Anwendung[4]).

E I 2012 II 2192 M 5, 462, 463 P 5, 589; 6, 104, 105.

1. Vorausgesetzt ist, daß neben dem als Ergänzungskläger gedachten **selbst beschenkten Pflichtteilsberechtigten** noch ein Dritter vom Erblasser Beschenkter in Betracht kommt, der ein Fremder (§ 2329) oder Miterbe oder gleichfalls Pflichtteilsberechtigter sein kann.

2. Wenn das Geschenk **in gleicher Weise dem Nachlasse hinzuzurechnen** ist wie das dem Dritten gemachte Geschenk, so wird damit nur auf Abs 2 des § 2325 Bezug genommen, der je nach der Art des Schenkungsgegenstandes über den für den Wertsansatz maßgebenden Zeitpunkt bestimmt. Nicht aber kommt dem selbst beschenkten Ergänzungskläger auch die zehnjährige Ausschlußfrist des Abs 3 zugute, er hat sich vielmehr die ihm selbst oder seinem Vorfahren gemachten Geschenke ohne zeitliche Beschränkung anrechnen zu lassen (RG 69, 389). Soweit die mehreren Geschenke zugleich ausgleichungspflichtige Zuwendungen darstellen (§ 2050) und deshalb bereits bei Berechnung des ordentlichen Pflichtteils eines Abkömmlings berücksichtigt sind (§ 2316 A 3), scheiden sie völlig aus und kommen für die Ergänzung nicht mehr in Frage (a. M. Planck A 3). Sind sie nicht ausgleichungspflichtig, so werden sie dem Gesamtnachlaß hinzugerechnet; danach bestimmt sich der dem Betreffenden im ganzen gebührende Pflichtteil. Der Unterschied zwischen diesem und dem ordentlichen Pflichtteil ist der Betrag der Ergänzung. **Nur auf diese Ergänzung** hat sich der Pflichtteilsberechtigte die selbst empfangene Schenkung anrechnen zu lassen. Soweit sie den Ergänzungsbetrag übersteigt, bleibt die Schenkung außer Betracht (s. jedoch A 3).

3. Nur wenn der Erblasser gemäß § 2315 Abs 1 **Anrechnung des Geschenks auf den Pflichtteil angeordnet** hatte, muß sich der Ergänzungsberechtigte (entgegen A 2) die Schenkung, soweit sie mehr beträgt als die Ergänzung, auch auf den ordentlichen Pflichtteilsanspruch anrechnen lassen. Für die Wertsbestimmung ist in diesem Falle nicht § 2325 Abs 2, sondern nach § 2315 A 7 immer nur die Zeit der Schenkung maßgebend.

4. Übereinstimmend mit § 2315 Abs 3 (Näheres dort A 8) hat sich der in das Pflichtteilsrecht **nachrückende Abkömmling** auch bezüglich der seinem Vorfahren gemachten Schenkungen so behandeln zu lassen, wie wenn er selbst der Beschenkte wäre.

§ 2328

Ist der Erbe selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er die Ergänzung des Pflichtteils soweit verweigern, daß ihm sein eigener Pflichtteil mit Einschluß dessen verbleibt, was ihm zur Ergänzung des Pflichtteils gebühren würde[1]).

E I 2013 II 2193 M 5, 463—466 P 5, 589—591; 6, 105, 106.

1. Aus den allgemeinen, nach § 2325 A 1 auch hier anwendbaren Vorschriften über die **Pflichtteilslast** folgt, daß der pflichtteilsberechtigte Erbe die Last auch insoweit auf Vermächtnisnehmer und Auflagebeteiligte abwälzen darf, als sie durch die Ergänzungspflicht gesteigert ist (§ 2318). Entsprechend dem § 2319 ist ihm, und zwar gleich

viel ob er Miterbe oder Alleinerbe ist, jedoch nur gegenüber dem Ergänzungsanspruche, ein im Wege der Einrede verfolgbares Verweigerungsrecht beigelegt, durch das er sich im Genusse des eigenen nach Ergänzungsgrundsätzen ihm selbst gebührenden Pflichtteils erhalten kann. Für den Ausfall haftet dem Ergänzungsberechtigten, soweit er sich nicht an andere Erben halten kann, nach § 2329 der Beschenkte.

§ 2329

Soweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist[1]), kann der Pflichtteilsberechtigte von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrags[2]) nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern[3]). Ist der Pflichtteilsberechtigte der alleinige Erbe, so steht ihm das gleiche Recht zu[4]).

Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des fehlenden Betrags abwenden[5]).

Unter mehreren Beschenkten haftet der frühere Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist[6]) [7]).

E I 2014—2016 II 2194 M 5, 466—468 P 5, 592—595.

1. **Aushilfsweise tritt Haftung des Beschenkten ein, soweit der Erbe zur Ergänzung nicht verpflichtet ist** (s. unten A 4). Dies ist von vornherein nicht der Fall, wenn der Nachlaß mit Null aufgeht oder überschuldet ist, so daß ein Pflichtteilsrecht überhaupt nicht (§ 2311 A 1), ein Ergänzungsanspruch aber nur rechnungsmäßig entstehen kann (§ 2325 A 3). Ferner nicht, soweit der Erbe nach § 2328 die Ergänzung verweigern kann. Aber auch dann nicht, wenn und soweit er infolge von Wertsveränderungen des Nachlasses den entstandenen Ergänzungsanspruch nach den Grundsätzen der beschränkten Haftung (§§ 1975 ff., insbesondere §§ 1973 A 4, 1991 A 4, 1992 A 3) nicht zu erfüllen braucht, ja sogar nicht erfüllen darf (RG 58, 127 (a. M. Planck A 1). Dagegen kann der Ergänzungsberechtigte Ausfälle, die er infolge Zahlungsunfähigkeit des unbeschränkt haftenden Erben erleidet, nicht gegen den Beschenkten geltend machen.

2. Der Ergänzungsanspruch wird dadurch, daß er gegen den Beschenkten verfolgt wird, nicht in seinem Grunde, sondern nur nach Art und Umfang der Haftung verändert (RG 58, 128). Er geht auf Geld, auf den **fehlenden Betrag,** dessen Höhe sich nach §§ 2325 bis 2327 unter Abzug des vom Erben Erlangten oder zu Erlangenden berechnet. Gleichwohl ist der Beschenkte grundsätzlich nicht zur Zahlung, sondern zur **Herausgabe des Geschenks zum Zwecke der Befriedigung** verpflichtet und gemäß Abs 2 nur zur Zahlung berechtigt. D. h. er ist, wie in den Fällen der §§ 1973 A 8, 1990 A 4 verbunden, die Zwangsvollstreckung in die Gegenstände der Schenkung zu dulden. Dementsprechend hat unter Bezifferung des geforderten Geldbetrags auch die Verurteilung zu lauten. Nur wenn Geld geschenkt war, sind Herausgabe und Zahlung dasselbe. Eine Auskunftspflicht des beschenkten Dritten besteht, abweichend von § 2325 A 1, nur dann, wenn er nach § 260 einen Inbegriff herauszugeben hat.

3. Bezüglich der Vorschriften über die **Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung** gilt auch hier das in § 1973 A 8 Gesagte. Die Bereicherung wird durch die dem Beschenkten entstandenen Kosten des Schenkungsaktes vermindert (RG Warn 08 Nr 205). Zur Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes (§ 819 Abs 1) gehört regelmäßig Kenntnis vom Stande des Nachlasses und der Ergänzungsbedürftigkeit des Pflichtteils im Sinne von §§ 2325 ff. Doch kann sie auch schon zur Zeit der Schenkung vorhanden sein, wenn dem Empfänger eine damit verbundene Benachteiligungsabsicht des Erblassers bekannt war (vgl. auch §§ 818 Abs 2, 826). Der fernere Empfänger, dem die Schenkung unentgeltlich zugewendet ist, haftet nach § 822. Handelt es sich um ein noch nicht erfülltes Schenkungsversprechen, so ist der Schenkungsanspruch herauszugeben.

4. Ist der **Pflichtteilsberechtigte der alleinige Erbe,** so kommt von vornherein nur der Ergänzungsanspruch gegen den Beschenkten in Frage. Er kann, wenn es sich um ein Schenkungsversprechen handelt, auch durch Verweigerung der Leistung ausgeübt werden. Ist der Beschenkte Miterbe des Ergänzungsberechtigten (RG 58, 127), so haftet er jedenfalls als Beschenkter, soweit er nicht schon als Erbe verpflichtet ist.

5. **Abwendung der Herausgabe** durch freiwillige Zahlung des fehlenden Betrags (A 2), also nicht wie nach §§ 1973 A 9, 1992 A 4 des Wertes der von der Zwangsvollstreckung bedrohten oder ergriffenen Schenkungsgegenstände.

6. **Reihenfolge der mehreren Beschenkten:** Der zuletzt Beschenkte haftet zuerst. Nur soweit er nicht verpflichtet ist (nicht auch soweit er nicht zahlungsfähig), kann der nächste früher Beschenkte herangezogen werden. Die Verpflichtung erlischt insbesondere durch Wegfall der Bereicherung vor Eintritt der Rechtshängigkeit oder der erlangten Kenntnis gemäß §§ 818 Abs 4, 819. Oder durch Fristablauf, während sich ein früher beschenkter Ehegatte hierauf nicht beziehen darf (§ 2325 A 7).

7. **Beweislast.** Der Ergänzungskläger hat die Schenkung und ferner zu beweisen, daß der Erbe nicht verpflichtet ist (A 1). Der Beklagte ist dafür beweispflichtig, daß er nicht bereichert oder daß ein zunächst haftender späterer Beschenkter vorhanden ist. Daß dieser nicht verpflichtet sei, ist Replik des Klägers. Von mehreren Pflichtteilsberechtigten kann jeder klagen. Soweit der Beschenkte an ihn herausgibt, mindert sich seine Bereicherung. Verjährung § 2332 Abs 2.

§ 2330

Die Vorschriften der §§ 2325 bis 2329 finden keine Anwendung auf Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird[1]).

E I 2018 II 2195 M 5, 469 P 5, 596.

1. **Anstandsschenkungen** 2c. sind nur soweit ergänzungspflichtig, als sie das hiernach sich bestimmende Maß überschreiten (vgl. auch §§ 534, 1446, 1641, 1804, 2113, 2205).

§ 2331

Eine Zuwendung, die aus dem Gesamtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft erfolgt, gilt als von jedem der Ehegatten zur Hälfte gemacht. Die Zuwendung gilt jedoch, wenn sie an einen Abkömmling, der nur von einem der Ehegatten abstammt, oder an eine Person, von der nur einer der Ehegatten abstammt, erfolgt oder wenn einer der Ehegatten wegen der Zuwendung zu dem Gesamtgut Ersatz zu leisten hat, als von diesem Ehegatten gemacht.

Diese Vorschriften finden auf eine Zuwendung aus dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft entsprechende Anwendung[1]).

E I 1991, 2017 II 2196 M 5, 416, 468 P 5, 525, 596.

1. Vgl. § 2054, womit die Vorschrift, bis auf den die Eltern eines Ehegatten betreffenden Zusatz in Abs 1, wörtlich übereinstimmt. Sie bezieht sich sowohl auf den ordentlichen, wie auf den Pflichtteilsergänzungsanspruch.

§ 2332

Der Pflichtteilsanspruch verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritte des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt[1]), ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von dem Eintritte des Erbfalls an[2])

Der nach § 2329 dem Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten zustehende Anspruch verjährt in drei Jahren von dem Eintritte des Erbfalls an[3]).

Die Verjährung wird nicht dadurch gehemmt, daß die Ansprüche erst nach der Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses geltend gemacht werden können[4]).

E I 1999 II 2197 M 5, 425—428 P 5, 551, 593, 594.

1. Die **Verjährung** sowohl des ordentlichen, als auch des Pflichtteilsergänzungsanspruchs ist in drei Jahren beendet. Sie beginnt, soweit der Anspruch gegen den Erben zusteht (§§ 2325—2328), mit erlangter Kenntnis vom Erbfall und der beeinträchtigenden Verfügung. Es kommt mithin nicht an auf Kenntnis vom Bestehen der das Pflichtteilsrecht begründenden verwandschaftlichen Beziehungen zum Erblasser oder vom Stande des Nachlasses. Mit der Verfügung ist zunächst gemeint die den Berechtigten von der Erbfolge ausschließende oder sonst beeinträchtigende Verfügung von Todes wegen. Die Kenntnis hiervon muß nicht notwendig durch deren amtliche Verkündung erlangt sein. Umgekehrt schließt die Tatsache der Verkündung nicht unbedingt

Mangel der Kenntnis aus. Zum Begriffe der **Kenntniserlangung** RG 70, 360. Die Vorschrift des § 1944 Abs 2 ist nicht entsprechend anwendbar (RG 66, 30). Es steht aber nichts entgegen, unter der Verfügung auch eine solche im Sinne von Vorbem 7 vor § 104 zu verstehen. Demgemäß wird, soweit es sich um den gegen den Erben zu richtenden Ergänzungsanspruch handelt (anders A 3), zum Beginn der Verjährung auch Kenntnis von Vornahme der beeinträchtigenden Schenkung zu erfordern sein. Im übrigen gelten die allgemeinen Verjährungsgrundsätze, so insbesondere § 207 (Vollendung der Verjährung gegen den noch nicht angenommenen, unvertretenen oder in Konkurs geratenen Nachlaß). Durch die Klage auf Auskunftserteilung (§ 2314) wird die Verjährung nicht unterbrochen (RG 22. 4. 07 IV 474/06).

2. Regelmäßige Verjährungsfrist § 195. Sie kommt auch demjenigen zugute, welcher förmlich mit dem Pflichtteil bedacht, also im Sinne von A 1 überhaupt nicht beeinträchtigt ist (OLG 18, 367).

3. **Verjährung gegen den Beschenkten** ebenfalls ohne Rücksicht auf erlangte Kenntnis.

4. Ist der Pflichtteilsanspruch von vorgängiger **Ausschlagung** abhängig (§§ 2306 A 4, 2307 A 1), so entspricht dem Grundsatze von der Rückbeziehung der Ausschlagung (§ 1953 A 1), daß auch der Pflichtteilsanspruch als sogleich mit dem Erbfall ungehemmt (§ 202 Abs 1) entstanden behandelt wird. Entsteht der Pflichtteils- und Ergänzungsanspruch eines nachrückenden Berechtigten im Falle des § 2309 erst mit Wegfall des zunächst Berechtigten, so findet zwar auch hier Rückbeziehung statt. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift kann jedoch die Verjährung nicht vor dem Wegfall des Vorberechtigten und hiervon erlangter Kenntnis ihren Anfang nehmen. Freilich kann mit Rücksicht auf die drohende Pflichtteilsverjährung der Erbe genötigt sein, die Ausschlagung schon zu einem Zeitpunkte zu erklären, wo mangels Verkündung der ihn berufenden Verfügung (§ 1944 A 4) oder weil der Fall der Nacherbfolge noch nicht eingetreten ist (§ 2142 A 1), die Ausschlagungsfrist gegen ihn noch gar nicht zu laufen begonnen hatte (RG 59, 346).

§ 2333

Der Erblasser kann einem Abkömmlinge den Pflichtteil entziehen:

1. wenn der Abkömmling dem Erblasser, dem Ehegatten oder einem andern Abkömmlinge des Erblassers nach dem Leben trachtet;

2. wenn der Abkömmling sich einer vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung des Erblassers oder des Ehegatten des Erblassers schuldig macht, im Falle der Mißhandlung des Ehegatten jedoch nur, wenn der Abkömmling von diesem abstammt;

3. wenn der Abkömmling sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten schuldig macht;

4. wenn der Abkömmling die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt;

5. wenn der Abkömmling einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers führt.

E I 2000 Satz 1, 2001 II 2198 M 5, 428—437 P 5, 551—565, 649; 6, 320, 321.

Die **Entziehung des Pflichtteils gegenüber Abkömmlingen** (Eltern § 2334, Ehegatten § 2335) kann eine vollständige oder teilweise sein, auch in der Zuwendung des Pflichtteils unter sonst unzulässigen Beschränkungen und Beschwerungen bestehen (§ 2306). Die Entziehungsgründe sind erschöpfend geregelt, entsprechende Anwendung auf andere Tatbestände ist nicht gestattet. Sie setzen sämtlich Verschulden und deshalb auch Zurechnungsfähigkeit des Täters voraus. Anwendbarkeit des älteren Rechts RG 63, 120.

Zu Nr. 1: **Lebensnachstellungen,** sei es auch in Form der Anstiftung und Beihilfe oder bloß vorbereitender Handlungen. Unter Umständen kann sogar wissentliches Geschehenlassen genügen (vgl. auch § 1566).

Zu Nr 2: **Vorsätzliche körperliche Mißhandlung** eines leiblichen Eltern- oder Vorelternteils, ohne daß es auf deren Schwere ankommt (vgl. StrGB §§ 228, 229). Notwehr schließt ein „sich schuldig machen" aus (§ 227 Abs 2, StrGB § 53). Auch im Falle der Überschreitung der Notwehr (StrGB § 53 Abs 3) kann das Verschulden zu verneinen sein.

Zu Nr 3: **Verbrechen oder Vergehen** im Sinne von StrGB § 1, wenn es gegen den Erblasser oder seinen Ehegatten (als Verletzte) gerichtet ist. Ob das vorsätzliche Vergehen als ein schweres aufzufassen sei, ist nach Lage des Einzelfalles zu beurteilen. Daß eine strafgerichtliche Verurteilung stattgefunden habe, ist nicht gefordert.

Zu Nr 4: **Böswillige Verletzung der Unterhaltspflicht,** soweit sie dem Abkömmling gesetzlich obliegt (§§ 1601 ff.). Sie setzt nicht bloß eigenes Leistungsvermögen, sondern auch Kenntnis von der Bedürftigkeit und geflissentliche Vorenthaltung des Unterhalts aus verwerflicher Gesinnung voraus.

Zu Nr 5: **Ehrloser und unsittlicher Lebenswandel,** wenn er wider den Willen des Erblassers geführt wird. Daß er davon abgemahnt habe, ist nicht erforderlich. Sein eigener Lebenswandel ist dabei von Bedeutung. — Die Verfehlungen berechtigen zugleich zum Rücktritt vom Erbvertrage (§ 2294) und zur Aufhebung einer gegenseitigen Verfügung nach § 2271 Abs 2. Enterbung in guter Absicht § 2338.

§ 2334

Der Erblasser kann dem Vater den Pflichtteil entziehen, wenn dieser sich einer der im § 2333 Nr. 1, 3, 4 bezeichneten Verfehlungen schuldig macht. Das gleiche Recht steht dem Erblasser der Mutter gegenüber zu, wenn diese sich einer solchen Verfehlung schuldig macht[1]**.**

E I 2003 II 2199 M 5, 442 P 5, 579.

1. Die **Entziehung des Pflichtteils gegenüber einem Elternteil** ist nur wegen Lebensnachstellung (§ 2333 Nr 1), Verbrechen und Vergehen (Nr 3) und Verletzung der Unterhaltspflicht gegen den Erblasser (Nr 4), also nicht auch wegen Mißhandlung (Nr 2; vgl. auch § 1631 Abs 2), soweit sie nicht unter Nr 3 fällt, und wegen schlechten Lebenswandels (Nr 5) zulässig. Die Unterhaltspflicht kann auch durch schwere Vernachlässigung der Erziehung und Ausbildung verletzt sein (§ 1610 Abs 2). Straflosigkeit der Eltern gemäß StrGB §§ 247 Abs 2, 289 Abs 5 kommt nicht in Betracht. Der Pflichtteil kann nur dem schuldigen, nicht auch dem andern Elternteil entzogen werden.

§ 2335

Der Erblasser kann dem Ehegatten den Pflichtteil entziehen, wenn der Ehegatte sich einer Verfehlung schuldig macht, auf Grund deren der Erblasser nach den §§ 1565 bis 1568 auf Scheidung zu klagen berechtigt ist[1]**.**

Das Recht zur Entziehung erlischt nicht durch den Ablauf der für die Geltendmachung des Scheidungsgrundes im § 1571 bestimmten Frist[2]**.**

E I 2005 II 2200 M 5, 444, 445 P 5, 580.

1. **Entziehung des Pflichtteils gegenüber dem Ehegatten** setzt eine schuldvolle Verfehlung durch Ehebruch usw. (§ 1565), Lebensnachstellung (§ 1566), bösliche Verlassung (§ 1567) oder schwere Pflichtverletzung usw. (§ 1568) voraus, ist mithin nicht zulässig, wenn ein Scheidungsrecht nur wegen Geisteskrankheit besteht (§ 1569). Die Scheidungsklage braucht nicht, wie im Falle der §§ 1933 A 3, 2077 A 2 bereits erhoben zu sein.

2. **Kein Erlöschen** durch Fristablauf, auch nicht durch Verwirkung des Scheidungsrechts nach ZPO § 616, wohl aber durch Verzeihung (§§ 2337, 1570). Ob auch der Erblasser sich eines Scheidungsgrundes schuldig gemacht hat, kommt nicht in Betracht.

§ 2336

Die Entziehung des Pflichtteils erfolgt durch letztwillige Verfügung[1]**.**

Der Grund der Entziehung muß zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben werden[2]**.**

Der Beweis des Grundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht[3]**.**

Im Falle des § 2333 Nr. 5 ist die Entziehung unwirksam, wenn sich der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat[4]**.**

E I 2000 Satz 2, 2006—2008 II 2201 M 5, 430, 447—449 P 5, 552, 553, 580, 581; 6, 321, 328.

1. Die **Entziehung des Pflichtteils** umfaßt auch den Pflichtteilsergänzungsanspruch (§ 2325 A 1). Sie enthält regelmäßig zugleich die Kundgebung, der Betreffende solle überhaupt nichts aus dem Nachlaß erhalten, also von der Erbfolge ausgeschlossen sein und deshalb, auch wenn der Entziehungsgrund nicht stichhält, nach § 2303 keinesfalls mehr als den Pflichtteil erhalten. Umgekehrt enthält die Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge nicht

auch die Entziehung des Pflichtteils (a. M. Dernburg § 121 A 11). Im übrigen kann sie sowohl ausdrücklich als stillschweigend erklärt, unter den Voraussetzungen des § 2078 auch angefochten werden und zwar mit dem Erfolge, daß der Enterbte den vollen gesetzlichen Erbteil erhält. Als **letztwillige Verfügung** (§ 1937) kann die Entziehung in allen Formen des Testaments und, wiewohl nur als einseitige Verfügung gemäß § 2299 im Erbvertrage, gemäß § 2276 Abs 2 sogar im Ehevertrag ausgesprochen werden.

2. Der **Grund der Entziehung** besteht zur Zeit der Errichtung auch dann, wenn die Tatsachen der §§ 2333 Nr 1—4, 2334, 2335 der Vergangenheit angehören. Sie müßten denn nach § 2337 bereits verziehen sein. Nur der schlechte Lebenswandel muß bis dahin und gemäß Abs 4 sogar bis zum Erbfall angedauert haben. Keinesfalls kann der Erblasser bedingungsweise für den Fall etwa künftig eintretender Tatbestände die Entziehung anordnen. Wohl aber kann er, wenn der Grund schon gegeben ist, die wirkliche Entziehung von ferneren Bedingungen abhängig machen. Die Angabe des Grundes erfordert nicht notwendig nähere Darlegung der einzelnen Tatumstände, muß aber erkennen lassen, auf welchen der verschiedenen Entziehungsgründe sich der Erblasser stützen will.

3. Die **Beweislast** trifft regelmäßig den Erben, im Falle des § 2329 den Beschenkten, sie kann aber auch von den gemäß §§ 2318 ff. zur Tragung der Pflichtteilslast herangezogenen Vermächtnisnehmern und Auflagebeteiligten übernommen werden. Der mißlungene Beweis des angegebenen Grundes kann nicht durch den Nachweis eines andern nicht angegebenen Grundes ersetzt werden.

4. **Dauernde Abwendung vom schlechten Lebenswandel** macht die darauf gestützte Entziehung von selbst hinfällig, wenn sie nur bis zum Erbfall eingetreten ist. Sie ist vom Enterbten zu beweisen. Sie muß eine gewisse Zeit schon angedauert haben und die Besorgnis künftiger Rückfälle auszuschließen geeignet sein. Ähnlich § 2338 A 6. Auch in diesem Falle verbleibt dem Enterbten im Zweifel (A 1) nur der Pflichtteil. — Entsprechende Anwendung des § 2336 bei Ausschließung der fortgesetzten Gütergemeinschaft § 1509 und der Entziehung des Anteils am Gesamtgute § 1513, auch PrAGzBGB Art 59 § 7. Aufhebung der im gemeinschaftlichen Testament oder im Erbvertrag gemachten Zuwendungen §§ 2271, 2297.

§ 2337

Das Recht zur Entziehung des Pflichtteils erlischt durch Verzeihung[1]). Eine Verfügung, durch die der Erblasser die Entziehung angeordnet hat, wird durch die Verzeihung unwirksam.[2])

E I 2004 II 2202 M 5, 443, 444 P 5, 579, 580.

1. **Verzeihung** ist nicht Rechtsgeschäft, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern (wie §§ 532, 1570, 2343) nur Kundgebung einer durch die Verfehlungen nach §§ 2333 ff. nicht mehr beleidigten Gesinnung. Sie setzt volle Kenntnis des Sachverhalts voraus, muß vom Erblasser selbst, nicht von dem nach §§ 2333 Nr 1—3, 2334 etwa betroffenen Ehegatten oder Abkömmling ausgehen und kann auch bedingt, jedoch nicht im voraus für künftige Verfehlungen erklärt werden. Verzeihung unter Vorbehalt ist regelmäßig keine Verzeihung. Die Beweislast trifft den Enterbten.

2. Die **Unwirksamkeit** der bereits angeordneten Entziehung tritt unmittelbar kraft Gesetzes ein. Es wird nahe liegen, daß die Verzeihung dem Enterbten nach dem Willen des Erblassers nicht bloß zum Pflichtteil (§ 2336 A 1), sondern zum vollen gesetzlichen Erbteil verhelfen soll. Auch ohne Verzeihung kann die Entziehung gemäß §§ 2253 ff. widerrufen und, solange Verzeihung nicht erteilt ist, durch Widerruf des Widerrufs nach § 2257 wieder in Kraft gesetzt werden.

§ 2338

Hat sich ein Abkömmling in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder ist er in solchem Maße überschuldet, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird[1]), so kann der Erblasser das Pflichtteilsrecht des Abkömmlings durch die Anordnung beschränken, daß nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben[2]) das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen[3]). Der Erblasser kann auch für die Lebenszeit des Abkömmlinges die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen; der Abkömmling hat in einem solchen Falle Anspruch auf den jährlichen Reinertrag[4]).

Auf Anordnungen dieser Art finden die Vorschriften des § 2336 Abs. 1 bis 3 entsprechende Anwendung[5]**). Die Anordnungen sind unwirksam, wenn zur Zeit des Erbfalls der Abkömmling sich dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet hat oder die den Grund der Anordnung bildende Überschuldung nicht mehr besteht**[6]**).**

E I 2002 Abs 1, 3 II 2203 M 5, 437—442 P 5, 565—579; 6, 356, 357.

1. Die **Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht** ist nur **gegenüber Abkömmlingen**, nicht auch Eltern und Ehegatten zulässig. Sie ist nicht Entziehung, vielmehr Zuwendung des Pflichtteils verbunden mit fürsorgenden Maßnahmen für den Abkömmling und seine Familie. Vorausgesetzt ist **Verschwendung** (Begriff § 6 A 4) und zwar ohne Rücksicht auf etwaige Gefahr des Notstandes und darauf, ob sie zur Entmündigung geführt hat, oder **Überschuldung**, und zwar in so hohem Maße, daß der spätere Erwerb erheblich gefährdet ist. D. h. es muß die Besorgnis begründet sein, das aus irgendwelchen Erwerbsquellen, insbesondere durch die Erbschaft selbst ihm zufließende Vermögen werde gleichfalls verschwendet oder von den Gläubigern beschlagnahmt werden. Diese Besorgnis wird durch das Bestehen der Entmündigung nicht notwendig ausgeschlossen.

2. Die Beschränkung ist nur **zugunsten der gesetzlichen Erben des Abkömmlings** zur Zeit seines Todes gestattet und nur so, daß sie nach Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile bedacht werden (§ 2066). Dies trifft auch dann zu, wenn die Abkömmlinge zwar durch Verfügung von Todes wegen, aber im Sinne von § 2052 als Erben berufen sind. Eine nähere Bezeichnung der Erben ist unschädlich, wenn sie sich beim Tode des Abkömmlings als seine gesetzlichen Erben erweisen. Erfolgt die Zuwendung an Fremde oder nach andern Erbquoten, so ist die Anordnung unwirksam (§ 2306 A 3). Der Erblasser ist jedoch nicht gehindert, die Berufung auf die Erben der ersten Ordnungen zu beschränken (Prot 5 573); auch einzelne von ihnen auszuschließen, denen gegenüber er zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt ist. Der Fiskus zählt auch hier nicht zu den gesetzlichen Erben (§§ 2104, 2149).

3. **Nacherbeinsetzung** der gesetzlichen Erben setzt voraus, daß der Abkömmling zunächst als Vorerbe berufen ist (§ 2100). Die ihn als Vorerben treffenden Beschränkungen ergeben sich aus §§ 2112 ff. Unwirksamkeit wegen Zeitablaufs ist mit Rücksicht auf §§ 2109 Nr 1, 2163 Nr 1, 2210 ausgeschlossen. Über §§ 2115 und 2214 hinaus entzieht § 863 ZPO auch die Nutzungen des Pflichtteils der Pfändung, soweit sie zum eigenen standesmäßigen Unterhalt des Abkömmlings und zur Erfüllung gewisser Unterhaltspflichten erforderlich sind. Ist dem Abkömmling unter den hier fraglichen oder unter andern Beschränkungen ein Erbteil hinterlassen, der größer ist als der Pflichtteil, so bleibt er jedenfalls daran gebunden, wenn er nicht ausschlägt. Schlägt er aus, so erwirbt er zwar gemäß § 2306 A 4 den Pflichtteilsanspruch, aber vom Beweis der Tatsache der Verschwendung oder Überschuldung hängt ferner ab, ob er diesen Pflichtteil nur mit den Beschränkungen des § 2338 oder ob er ihn unbeschränkt erhält (**RG** SeuffA 62 Nr 188). Dasselbe gilt nach § 2307 A 1, wenn dem Abkömmling ein — den Pflichtteil erfüllendes oder übersteigendes — Vermächtnis zugewendet, aber mit einem **Nachvermächtnis** (§ 2191) zugunsten der gesetzlichen Erben beschwert ist. Ist er gerade auf den Pflichtteil als Erbe berufen, so muß er sich gegen die Regel des § 2306 A 3 die aus § 2338 begründete Beschränkung gefallen lassen. Ist er weder als Erbe noch als Vermächtnisnehmer bedacht, sondern nur auf den Pflichtteilsanspruch verwiesen, so sind seine gesetzlichen Erben gleich Nachvermächtnisnehmern zu behandeln. Vererblichkeit des Nacherbenrechts kann, wie im Falle des § 2104, nicht in Frage kommen (§ 2108 A 2).

4. **Übertragung der Verwaltung an einen Testamentsvollstrecker** (§§ 2209, 2210) entzieht dem Abkömmling nach § 2211 jedes Verfügungsrecht und schließt zugleich gemäß § 2214 seine Gläubiger vom Zugriff auf den Pflichtteil aus. Sie kann mit der Nacherbeinsetzung verbunden (§ 2222), aber ebenso dinglich wirksam auch für sich allein angeordnet werden.

5. Anordnung durch letztwillige Verfügung, Angabe des Grundes (Verschwendung oder Überschuldung). Gegenüber dem Anspruch auf unbeschränkte Gewährung des Pflichtteils hat der Erbe, im Falle des § 2329 der Beschenkte die Anordnung selbst und ihre Voraussetzungen zu beweisen.

6. **Dauernde Abwendung** ꝛc. wie im Falle des § 2336 A 4, vgl. dort. Gleichgültig ist, ob sich der Abkömmling unter dem Zwange äußerer Verhältnisse oder aus eigener besserer Einsicht heraus abgewendet hat (**RG** 24. 6. 07 IV 121/07). Die von selbst eintretende Unwirksamkeit der Beschränkung kann von jedermann, so auch von den Gläubigern des Abkömmlings geltend gemacht werden. — Beschränkungsrecht aus § 2338 im Falle des Erbvertrags § 2289 Abs 2, des gemeinschaftlichen Testaments § 2271 Abs 3, bezüglich der fortgesetzten Gütergemeinschaft § 1513 Abs 2.

Sechster Abschnitt

Erbunwürdigkeit

Erbunwürdig und deshalb der durch die Eigenschaft als Erbe, Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigter erlangten Vorteile verlustig ist, wer sich gegen den betreffenden Erblasser bestimmter schwerster Verfehlungen oder Eingriffe in die Testierfreiheit schuldig gemacht hat. Die Vorschriften gelten nach § 1506 auch für die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Auch ältere Unwürdigkeitsgründe sind hiernach zu beurteilen, wenn der Erblasser seit 1. 1. 00 verstorben ist (EG Art 213).

§ 2339

Erbunwürdig ist:

1. **wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder zu töten versucht oder in einen Zustand versetzt hat, infolgedessen der Erblasser bis zu seinem Tode unfähig war, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben;**
2. **wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich verhindert hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben;**
3. **wer den Erblasser durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben;**
4. **wer sich in Ansehung einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen einer nach den Vorschriften der §§ 267 bis 274 des Strafgesetzbuchs strafbaren Handlung schuldig gemacht hat.**

Die Erbunwürdigkeit tritt in den Fällen des Abs. 1 Nr. 3, 4 nicht ein, wenn vor dem Eintritte des Erbfalls die Verfügung, zu deren Errichtung der Erblasser bestimmt oder in Ansehung deren die strafbare Handlung begangen worden ist, unwirksam geworden ist oder die Verfügung, zu deren Aufhebung er bestimmt worden ist, unwirksam geworden sein würde.

E I 2045 II 2204 M 5, 517—520 P 5, 634—642 KB 325.

Wie die Entziehungsgründe des § 2333 sind auch die Erbunwürdigkeitsfälle erschöpfend geregelt. Sie umfassen alle Formen der Teilnahme am Delikt (StGB §§ 47 ff.). Versuch genügt nur im Falle Nr 1 (a. M. zu Nr 4 Staudinger A 4).

Zu Nr 1: **Tötung** im Sinne von StGB §§ 211—215, ebenso absichtliche Tötung im Zweikampf (§§ 206, 207), nicht aber Tötung des Einwilligenden (§ 216), der dem Verzeihenden nach § 2343 gleichzustellen ist. Notwehr schließt die Widerrechtlichkeit aus. Der Erfolg, den Erblasser testierunfähig zu machen, braucht nicht bezweckt zu sein, es genügt, daß er z. B. im Falle schwerer Körperverletzung in Siechtum verfällt. Auch ist gleichgültig, ob er etwa schon aus andern Gründen unfähig war. Der Vorerbe ist nicht Erblasser, seine Tötung durch den Nacherben macht diesen nicht erbunwürdig.

Zu Nr 2: Die **Verhinderung** setzt voraus, daß der Erblasser einen bestimmten Errichtungs- oder Aufhebungsakt beabsichtigt, ihn aber infolge der auf ihn, gleichviel mit welchen Mitteln ausgeübten Einwirkung unterlassen hat. Versuch oder nur vorübergehende Einwirkung genügen nicht. Eine etwaige Unwirksamkeit des beabsichtigten Aktes ist ohne Bedeutung.

Zu Nr 3: **Täuschung und Drohung** § 123. Der letzteren steht unmittelbare Gewaltanwendung gleich. Daneben bleibt die (weniger weittragende) Anfechtung aus § 2078 Abs 2 unberührt (RG 59, 33).

Zu Nr 4: **Urkundenfälschung**, insbesondere auch fälschliche Anfertigung einer angeblichen Verfügung und Beseitigung von Urkunden, vor oder nach dem Erbfalle. Doch muß auch die Fälschung die Natur einer Verfehlung gegen den Erblasser haben. Dies kann ausgeschlossen sein, wenn damit nur sein ernster, aber formungültig erklärter letzter Wille zur Geltung gebracht werden sollte (RG 72, 207).

Zu Nr 3 u. 4: Die mit Erbunwürdigkeit bedrohten Handlungen sind praktisch unschädlich, wenn a) die erzwungene, erschlichene oder verfälschte Verfügung sei es

von Anfang an wegen Formmangels unwirksam war, sei es vor dem Erbfall (durch Widerruf, Wegfall des Bedachten usw. (§ 2252) unwirksam geworden ist oder wenn b) die infolge von Täuschung oder Drohung aufgehobene oder vermöge einer Urkundenfälschung nur angeblich aufgehobene Verfügung aus gleichen Gründen schon ohnedies unwirksam geworden wäre.

§ 2340

Die Erbunwürdigkeit wird durch Anfechtung des Erbschaftserwerbes geltend gemacht[1]).

Die Anfechtung ist erst nach dem Anfalle der Erbschaft zulässig[2]). Einem Nacherben gegenüber kann die Anfechtung erfolgen, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist[3]).

Die Anfechtung kann nur innerhalb der im § 2082 bestimmten Fristen erfolgen[4]).

E I 2046 Abs 1, 2, 4—6 II 2205 M 5, 520, 521 P 5, 642, 643, 645; 6, 357.

1. Die Erbunwürdigkeit tritt nicht kraft Gesetzes, sondern erst nach rechtskräftig durchgeführter **Anfechtung** (§ 2342) mit der Wirkung des § 2344 Abs 1 ein. Der Erbunwürdige selbst kann somit, da er nicht anfechtungsberechtigt ist (§ 2341), die Unwürdigkeit niemals geltend machen.

2. **Anfall der Erbschaft** § 1942 A 2. Hängt der Anfall an den Erbunwürdigen davon ab, daß ein ihm vorgehender Berufener ausschlägt oder aus andern Gründen wegfällt, so ist die Anfechtung nicht vor dem Wegfall zulässig. Behauptet dagegen der nach § 2341 Anfechtungsberechtigte, daß sämtliche vor ihm Berufenen erbunwürdig seien, so darf er sich vorläufig — ob mit Recht, wird das Urteil ergeben — auf den Standpunkt des § 2344 Abs 2 stellen und die Anfechtungsklage gleichzeitig gegen die mehreren auch bloß nacheinander berufenen Erbunwürdigen erheben (a. M. Planck A 2; Staudinger A 2). Auch für Ausübung des Anfechtungsrechtes aus §§ 2078 ff. hat er in diesem Falle sogleich als Anfechtungsberechtigter zu gelten (§ 2080 A 1), wenn auch der Erfolg dieser Anfechtung davon abhängt, daß er die Erbunwürdigkeitserklärung der vorgehenden Berechtigten durch Urteil herbeiführt (§ 2342). Die Anfechtung aus § 2340 ist niemals vor dem Erbfall, wohl aber gegen die Erben des Unwürdigen zulässig.

3. Dem **Nacherben** gegenüber braucht der Anfall der Nacherbschaft (§ 2139) nicht abgewartet zu werden. Die Klage kann, auch gegen mehrere nacheinander oder nur bedingt berufene unwürdige Nacherben zugleich schon nach Anfall an den Vorerben, regelmäßig also schon nach dem Erbfall erhoben werden (vgl. auch § 2142).

4. Die **Anfechtungsfrist** beträgt gemäß § 2082 ein Jahr nach erlangter Kenntnis vom Erbunwürdigkeitsgrunde. Gegenüber dem unwürdigen Nacherben (A 3) beginnt sie jedoch erst mit Anfall der Nacherbschaft. Es gelten die Verjährungsgrundsätze §§ 203, 206, 207. Mit Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall ist die Anfechtung ausgeschlossen.

§ 2341

Anfechtungsberechtigt ist jeder, dem der Wegfall des Erbunwürdigen, sei es auch nur bei dem Wegfall eines andern zustatten kommt[1]).

E I 2046 Abs 3 II 2206 M 5, 521 P 5, 642—645.

1. **Anfechtungsberechtigt** ist, abweichend von § 2080 Abs 1, der auch nur mittelbar, bedingt oder erst an späterer Stelle am Wegfall des Erbunwürdigen Interessierte. So insbesondere auch der Vorerbe gegenüber dem Nacherben (§ 2142 A 2), der Nacherbe gegenüber dem Vorerben (§ 2102), endlich immer der Fiskus (§ 1936). Der Erfolg der Anfechtung braucht nicht dem Anfechtenden selbst die Erbenstellung usw. zu verschaffen, kann vielmehr nach § 2344 Abs 2 auch einem andern zugute kommen. Der selbst erbunwürdige Berechtigte ist von der Anfechtung nicht ausgeschlossen, solange der auch gegen ihn gerichteten Klage (§ 2340 A 2) nicht rechtskräftig stattgegeben ist (§ 2342 Abs 2). Als Vermögensrecht geht das Anfechtungsrecht auf die Erben des Berechtigten über (vgl. auch § 2080 A 3). Ebenso steht es gegen die Erben des Unwürdigen zu.

§ 2342

Die Anfechtung erfolgt durch Erhebung der Anfechtungsklage[1]). Die Klage ist darauf zu richten, daß der Erbe für erbunwürdig erklärt wird[2]).

Die Wirkung der Anfechtung tritt erst mit der Rechtskraft des Urteils ein[3]).

E I 2047 II 2207 M 5, 521, 522 P 5, 645.

1. Die **Anfechtungsklage** muß die Anfechtung gerade wegen Erbunwürdigkeit, zum Unterschied von der Anfechtung letztwilliger Verfügungen, deutlich zum Ausdruck bringen (RG JW 10, 23[37]), ist gegen den erbunwürdigen Erben oder seine Erben, nicht auch gegen den Erwerber eines Erbteils (§ 2033) oder den Erbschaftskäufer zu richten, gegebenenfalls auch als Widerklage gemäß ZPO § 280. Jedoch genügt die gewöhnliche, auch in Form der Einrede geltend zu machende Anfechtung nach § 143 Abs 1 gegenüber dem Vermächtnis- oder Pflichtteilsanspruch des Unwürdigen (§ 2345). Die Klagerhebung durch den Nächstberufenen bedeutet nicht notwendig, wie im Falle des § 1957 Abs 1 zugleich Annahme der Erbschaft.

2. Die **Erbunwürdigkeitserklärung** ist Feststellung nach ZPO § 256. Deshalb auch Klagerhebung im Gerichtsstande der Erbschaft zulässig (ZPO § 27).

3. Die **Wirkung** der zuerkannten Klage (§ 2344) äußert sich mit der Rechtskraft, ebenso wie der Wegfall des Erben durch Ausschlagung, gegenüber allen nach § 2341 Anfechtungsberechtigten. Dagegen schafft die Klagabweisung nur Recht unter den Parteien. Die Urteilsform ist unentbehrlich und kann nicht durch öffentliche Urkunde nach ZPO § 794 Nr 5 ersetzt werden (RJA 7, 185). Vermöge der rückbeziehenden Wirkung des § 2344 Abs 1 kann der im Falle der Erbunwürdigkeit nachrückende Erbe mit der Anfechtungsklage auch den Erbschaftsanspruch aus §§ 2018 ff. verbinden (vgl. auch § 2340 A 2; a. M. Planck A 3; Staudinger A 1).

§ 2343

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser dem Erbunwürdigen verziehen hat[1]).

E I 2050 II 2208 M 5, 524, 525 P 5, 649.

1. **Verzeihung** vgl. § 2337 A 1. Sie wirkt auch bezüglich des Vermächtnis- und Pflichtteilsanspruchs § 2345. Verzicht des nächsten Anfechtungsberechtigten ist dem später Berechtigten nicht vorgreiflich.

§ 2344

Ist ein Erbe für erbunwürdig erklärt, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt.

Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; der Anfall gilt als mit dem Eintritte des Erbfalls erfolgt[1]).

E I 1972, 2048 Abs 1 II 2209 M 5, 376, 522, 523 P 5, 483, 647—649.

1. Die **Wirkungen der Erbunwürdigkeitserklärung** sind die gleichen wie diejenige der Ausschlagung. Es ist deshalb auf den wörtlich übereinstimmenden § 1953 Abs 1 und 2 (A 1—3) zu verweisen. Gleich dem Ausschlagenden wird auch der Unwürdige bei Berechnung des Pflichtteils mitgezählt (§ 2310). Der erfolgreiche Anfechtungskläger kann, wenn in der Klagerhebung nicht Annahme zu finden ist, auch jetzt noch die Erbschaft ausschlagen (§ 2342 A 1). Ist der Nacherbe bereits vor Eintritt der Nacherbfolge für unwürdig erklärt (§ 2340 A 3), so kommt es überhaupt nicht zum Anfall nach § 2139, ein Übergang des Nacherbrechts auf die Erben des Unwürdigen (§ 2108 A 2) findet nicht statt, die Erbschaft verbleibt vielmehr nach § 2142 A 2 endgültig dem Vorerben. Mit dem Wegfall des Erbunwürdigen werden auch Rechtsgeschäfte unwirksam, die in Bezug auf die Erbschaft von ihm oder ihm gegenüber vorgenommen worden sind. Dritte sind, abweichend vom Falle der Ausschlagung nicht geschützt, soweit sie sich nicht auf gutgläubigen Erwerb oder Erbschein berufen können (vgl. § 1959 A 4).

§ 2345

Hat sich ein Vermächtnisnehmer einer der im § 2339 Abs. 1 bezeichneten Verfehlungen schuldig gemacht, so ist der Anspruch aus dem Vermächtnis anfechtbar. Die Vorschriften der §§ 2082, 2083, des § 2339 Abs. 2 und der §§ 2341, 2343 finden Anwendung[1]).

Das Gleiche gilt für einen Pflichtteilsanspruch, wenn der Pflichtteilsberechtigte sich einer solchen Verfehlung schuldig gemacht hat[2]).

E I 1874, 2049 II 2210 M 5, 189, 523, 524 P 5, 220, 649; 6, 321.

1. **Vermächtnis- und Pflichtteilsunwürdigkeit.** Hierzu bedarf es zwar auch der Anfechtung durch den nach § 2341 Berechtigten, in der Regel den Erben oder sonstigen Beschwerten, nicht aber förmlicher Klage nach § 2342. Es genügt vielmehr die Anfechtungserklärung gegenüber dem Unwürdigen nach § 143 Abs 4. Ist der Bedachte zugleich Erbe (Vorausvermächtnis) oder ist der Pflichtteilserbe zugleich nach § 2305 auf Vervollständigung des Pflichtteils berechtigt, so ist in dem Sachgesuch nach § 2342 A 2 regelmäßig auch die Anfechtung des Vermächtnis- und Pflichtteilserwerbs enthalten. Auch hier gelten die Ausschlußfristen des § 2082. Im Wege der Einrede kann die Leistung des Vermächtnisses oder Pflichtteils zeitlich unbeschränkt verweigert werden, § 2083. Der Anfechtungsgrund wird gemäß § 2339 Abs 2 und durch Verzeihung nach § 2343 hinfällig. Als Vermächtnis kommen auch das Schenkungsversprechen von Todes wegen (§ 2301 Abs 1), der Voraus (§ 1932) und der Dreißigste in Betracht (§ 1969).

2. Der **Pflichtteilsanspruch** umfaßt auch den Pflichtteilsergänzungsanspruch (§ 2325 A 1). Ist er gegen den Beschenkten gerichtet (§ 2329), so ist auch dieser anfechtungsberechtigt. Ebenso der gemäß §§ 2318 ff. zur Tragung der Pflichtteilslast verpflichtete Dritte.

Siebenter Abschnitt

Erbverzicht

Der Erbverzicht begründet nicht wie der Erbvertrag ein Erbrecht, sondern bringt eine bereits vorhandene Anwartschaft auf Erwerb von Todes wegen unmittelbar zum Erlöschen. Und zwar vermöge einer schon vor dem Erbfall von dem Erben selbst abgegebenen Willenserklärung, nicht, wie im Falle der Ausschließung (§ 1938) kraft einseitiger von dem Erblasser getroffener letztwilliger Anordnung. Der Erbverzicht im eigentlichen Sinne kann nur dem Erblasser gegenüber, bei dessen Lebzeiten erklärt werden (§ 2346), ist deshalb Vertrag (Form und sonstige Erfordernisse §§ 2347, 2348) und hat somit überwiegend erbrechtlichen Charakter. Auch der Verzicht auf letztwillige Zuwendungen steht unter den Vorschriften des Erbverzichts (§ 2352). — Entsprechende Anwendbarkeit beim Verzicht eines Abkömmlings am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft § 1517 Abs 2. Beurteilung eines vor 1. 1. 00 errichteten Erbverzichts oder des ihn aufhebenden Vertrags nach älterem Recht EG Art 217.

§ 2346

[1]) **Verwandte sowie der Ehegatte des Erblassers können durch Vertrag mit dem Erblasser auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichten**[2]). **Der Verzichtende ist von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte; er hat kein Pflichtteilsrecht**[3]).

Der Verzicht kann auf das Pflichtteilsrecht beschränkt werden[4]).

E I 1972, 2019 II 2211 M 5, 376, 472, 473 P 5, 483, 598, 599.

1. Der **Erbverzicht** ist abstraktes, unmittelbar den Verlust des Erbrechts wirkendes Rechtsgeschäft. Sonstige daraus entspringende Verpflichtungen beurteilen sich nach dem ihm zugrunde liegenden Grundrechtsgeschäft. Ist der Erbverzicht gegen eine Abfindung erklärt, so ist regelmäßig die Wirksamkeit des einen Geschäfts durch diejenige des andern mindestens stillschweigend bedingt. Wenn nicht, so ist doch bei Unwirksamkeit des einen Geschäfts regelmäßig die Kondiktion des andern aus § 812 statthaft. Im übrigen gelten für den Erbverzicht die allgemeinen Vertragsgrundsätze mit den aus §§ 2347, 2348 sich ergebenden Besonderheiten. Unentgeltlicher Verzicht ist nicht Schenkung (§ 517), unterliegt deshalb auch nicht der Gläubigeranfechtung.

2. Als Regel ist behandelt der Verzicht der **Verwandten und des Ehegatten** auf das gesetzliche Erbrecht (oder auf Bruchteile desselben). Verzicht auf letztwillige Zuwendungen § 2352. Der Fiskus kann auf sein gesetzliches Erbrecht ebensowenig verzichten, wie er ausschlagen oder davon ausgeschlossen werden kann (§§ 1942, 1938). Der Verzicht ist wirksam, auch wenn er vor Begründung des betreffenden Verwandtschafts usw. -Verhältnisses, aber in Hinblick darauf oder durch Ehevertrag erklärt ist. Annahmevertrag § 1767 Abs 1. Nur der **mit dem Erblasser** geschlossene Vertrag ist Erbverzicht im Sinne des Gesetzes (RG 63, 428). Der Verzicht auf eine bereits angefallene Erbschaft hat, soweit er nicht Verfügung

über den Erbteil ist (§ 2033), nur schuldrechtliche Wirkung. Ausschlagung zugunsten eines Dritten vgl. § 1947 A 1. Auch der unter künftigen gesetzlichen Erben gemäß § 312 Abs 2 vereinbarte Verzicht begründet bloß schuldrechtliche Beziehungen.

3. Der Erbverzicht hat unmittelbar den **gänzlichen Wegfall des Erbberechtigten** schon vor dem Erbfall zur Folge, gleich dem Tode oder der Ausschließung (§§ 1923, 1938). Erhöhung seines Erbteils gemäß § 1935 kann nicht mehr in Frage kommen. Er wird weder bei Berechnung des Pflichtteils (§ 2310 A 2) noch bezüglich etwaiger Ausgleichungsposten mitgezählt (§ 2316 A 4). Der Verzicht auf den gesetzlichen Erbteil ergreift zwar an sich auch den Pflichtteil als die Wertshälfte eben jenes Erbteils. Es steht aber nichts entgegen den Verzicht auf den gesetzlichen Erbteil zu beschränken und (für den Fall letztwilliger Ausschließung von der Erbfolge) den Pflichtteil vorzubehalten. Der Verzicht auf eine letztwillige Zuwendung (§ 2352) enthält nicht notwendig auch den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht und umgekehrt.

4. Die **Beschränkung auf den Pflichtteil**, und zwar einschließlich des Pflichtteilsergänzungsanspruches (§ 2325 A 1), beläßt dem Verzichtenden für den Fall, daß es zur gesetzlichen Erbfolge kommt, den vollen gesetzlichen Erbteil. Wirkung des so beschränkten Verzichts bezüglich der Berechnung der übrigen Pflichtteile §§ 2310 A 2, 2316 A 4. Auch die Verminderung des Pflichtteils infolge der Anerkennung einer erst nachträglich angeordneten Ausgleichungspflicht (§ 2050 A 7) kann nur durch formgerechten Erbverzicht herbeigeführt werden (**RG** 71, 133). Verzicht auf bereits entstandene Pflichtteilsansprüche § 2317 A 1.

§ 2347

Zu dem Erbverzicht ist, wenn der Verzichtende unter Vormundschaft steht, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich; steht er unter elterlicher Gewalt, so gilt das Gleiche, sofern nicht der Vertrag unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird [1]).

Der Erblasser kann den Vertrag nur persönlich schließen; ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Ist der Erblasser geschäftsunfähig, so kann der Vertrag durch den gesetzlichen Vertreter geschlossen werden; die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist in gleichem Umfange wie nach Abs. 1 erforderlich [2]).

E I 2020 Abs 1 II 2212 M 5, 474, 475 P 5, 599—603 KB 325.

1. **Auf Seiten des Verzichtenden** muß denselben Erfordernissen genügt sein, wie sie § 2290 Abs 3 für den bloß vertragsschließenden Teil bei Aufhebung des Erbvertrags aufstellt. Vgl. dort A 5/6. Heilung etwaiger Mängel durch nachträgliche Genehmigung des Verzichtenden (§ 108 Abs 3) ist nur bis zum Tode des Erblassers möglich.

2. **Auf Seiten des Erblassers** ist, wenn er unbeschränkt geschäftsfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (ebenso wie beim Erbvertrag § 2274) persönliches Handeln unerläßlich. Dagegen ist (abweichend von § 2275 Abs 1) im Falle der Geschäftsunfähigkeit des Erblassers (§ 104) seine Vertretung durch den gesetzlichen Vertreter nach allgemeinen Grundsätzen zulässig, der wiederum, gleichviel ob Vormund oder Gewalthaber (außer wenn es sich um Ehegatten oder Verlobte handelt), der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Daß der beschränkt geschäftsfähige Erblasser (§§ 106, 114) ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters den Verzicht entgegennehmen kann, entspricht den § 107 und §§ 2229 Abs 1, 2253 Abs 2, 2290 Abs 2, weicht aber ab von § 2275 Abs 2. Die Ehefrau bedarf nicht der Zustimmung des Mannes. Alles dies gilt nur vom Erbverzicht selbst, nicht von dem damit verbundenen Doppelgeschäft, das nach seiner besondern Natur (Abfindungsvertrag usw.) zu beurteilen ist.

§ 2348

Der Erbverzichtsvertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung [1]).

E I 2020 Abs 1 II 2313 M 5, 473, 474 P 5, 599—601.

1. **Beurkundung** § 128, EG Art 141, FGG §§ 167 ff., hierzu **RG** 69, 130. Sind beide Teile nicht gleichzeitig anwesend, so muß der Vertrag vor dem Tode des Erblassers zustande gekommen sein (§ 152). Ein mit dem Erbverzicht etwa verbundener anderer Vertrag unterliegt den hierfür geltenden besonderen Vorschriften. Der Form, nicht aber zugleich den sonstigen Erfordernissen des Erbverzichts wird auch durch einen protokollarisch beurkundeten prozeßgerichtlichen Vergleich genügt, selbst wenn landesgesetzlich hierfür bloß Notare zuständig sind (**RG** 48, 183).

§ 2349

Verzichtet ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so erstreckt sich die Wirkung des Verzichts auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein anderes bestimmt wird[1]).

E I 2023 II 2214 M 5, 480—483 P 5, 604—609; 6, 321.

1. Der Verzicht eines Abkömmlings oder Seitenverwandten, nicht also auch des Vorfahren oder Ehegatten des Erblassers **erstreckt sich auf die Abkömmlinge des Verzichtenden,** die bereits vorhandenen wie die künftigen, auch wenn er nicht in ihren Namen oder in ihrer gesetzlichen Vertretung (§ 2347) erklärt ist. Der ganze Stamm des Verzichtenden wird dadurch ausgeschlossen (RG 61, 16), auch wenn die Abkömmlinge nicht seine Erben werden. Die Vorschrift ist jedoch nachgiebiger Art, betrifft nur das gesetzliche Erbrecht oder den Pflichtteil (§ 2346), der nach § 2352 erklärte Verzicht auf letztwillige Zuwendungen ist mithin für die Abkömmlinge nicht verbindlich (KGJ 34 A 111). Will der Verzichtende den Verzicht erst nachträglich auf seine Person beschränken, so bedarf es der Aufhebung nach § 2351.

§ 2350

Verzichtet jemand zugunsten eines andern auf das gesetzliche Erbrecht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Verzicht nur für den Fall gelten soll, daß der andere Erbe wird[1]).

Verzichtet ein Abkömmling des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Verzicht nur zugunsten der andern Abkömmlinge und des Ehegatten des Erblassers gelten soll[2]).

E I 2022 II 2215 M 5, 477—480 P 5, 603, 604.

1. **Relativer Verzicht** eines zur gesetzlichen Erbfolge Berechtigten **zugunsten eines andern** kommt diesem vermöge des Wegfalls des Verzichtenden (§ 2346 A 3) gemäß §§ 1930 oder 1935 unmittelbar zugute, wenn es bei der gesetzlichen Erbfolge bleibt. Ist der andere ein Fremder, so bedarf es, um ihn zum Erben zu machen, noch der Erbeinsetzung. Unter Umständen aber und wenn zugleich die Form des § 2276 beobachtet ist, kann sich diese Erbeinsetzung als eine vertragsmäßige schon mit dem Abschluß des Erbverzichtsvertrags vollziehen. Die Begünstigung des andern braucht nicht ausdrücklich erklärt zu sein Dem Erbe werdenden andern muß nicht notwendig der volle und unbeschwerte Erbteil des Verzichtenden anfallen. Ob dies Voraussetzung des Erbverzichts ist, oder ob das Erbewerden zu einem geringeren Anteil oder unter Beschränkungen und Beschwerungen genügt, ist Auslegungsfrage. Unter Umständen ist der Verzicht nur zum Teil wirksam. Ist der Verzicht auf den Pflichtteil beschränkt, so kann er, da der Verzichtende trotzdem mitgezählt wird, andern Pflichtteilsberechtigten nicht zugute kommen (§ 2310 A 2). Ein solcher zugunsten des Erben erklärter Verzicht wird von Abs 1 überhaupt nicht getroffen.

2. Der **Erbverzicht eines Abkömmlings** gilt als stillschweigend bedingt dadurch, daß der freiwerdende gesetzliche Erbteil sich innerhalb der ersten Ordnung (§ 1924) oder zu Gunsten eines Elternteils (auch Stiefelternteils) des Verzichtenden vererbt. Er ist im Zweifel unwirksam, wenn Verwandte späterer Ordnungen oder der Fiskus zur Erbfolge kommen würden. Die Erbeinsetzung eines Fremden schließt zwar den Verzichtenden zugleich von der Erbfolge aus, er behält aber im Zweifel wenigstens den Pflichtteil (§ 2346 A 3). — Im Falle des Abs 1 hat zur Unwirksamkeit seines Verzichts der Verzichtende zu beweisen, daß er nur zugunsten eines andern verzichtet habe und daß dieser nicht Erbe geworden sei. Dafür, daß ein solcher sowie der nach Abs 2 erklärte Verzicht gleichwohl als unbedingter gewollt sei, ist (Auslegungsregel) beweispflichtig, wer hieraus Rechte für sich ableitet. § 2350 handelt nur vom gesetzlichen Erbrecht, Verzicht auf letztwillige Zuwendungen § 2352 A 1.

§ 2351

Auf einen Vertrag, durch den ein Erbverzicht aufgehoben wird, findet die Vorschrift des § 2348 und in Ansehung des Erblassers auch die Vorschrift des § 2347 Abs. 2 Anwendung[1]).

E I 2020 Abs 2 II 2216 M 5, 476 P 5, 599, 600; 6, 322, 329, 330.

1. Die **Aufhebung des Erbverzichts,** auch des Verzichts auf letztwillige Zuwendungen nach § 2352 ist selbstverständlich nur bis zum Tode des Erblassers möglich. § 2348 schreibt hierfür gerichtliche oder notarielle Beurkundung, § 2347 Abs 2 für den Erblasser das

Gleiche vor wie beim Abschluß des Erbverzichtsvertrags. Für den durch die Aufhebung bloß gewinnenden Verzichtenden gilt, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, lediglich § 107. Durch die Aufhebung wird der vor Abgabe des Erbverzichts vorhanden gewesene Zustand wieder hergestellt. Der Verzichtende kann zwar auch ohne Aufhebung des Verzichts letztwillig wirksam bedacht, aber nur kraft der Aufhebung wieder gesetzlicher Erbe oder Pflichtteilsberechtigter werden. Der Einfluß der Aufhebung auf die mit dem Erbverzicht verbundenen Abfindungs ꝛc. -Verträge beurteilt sich nach allgemeinen Grundsätzen.

§ 2352

Wer durch Testament als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnisse bedacht ist, kann durch Vertrag mit dem Erblasser auf die Zuwendung verzichten[1]). Das Gleiche gilt für eine Zuwendung, die in einem Erbvertrag einem Dritten gemacht ist[2]). Die Vorschriften der §§ 2347, 2348 finden Anwendung[3]).

E I 2024 II 2217 M 5, 483, 484 P 5, 408, 609, 610; 6, 100.

1. Der **Verzicht auf letztwillige Zuwendungen** läßt die betreffenden Verfügungen an sich bestehen, entkleidet sie aber der Wirkung und macht sie, wie eine vorwegerklärte Ausschlagung schon im Augenblicke des Erbfalls hinfällig.

2. Soweit **Zuwendungen im Erbvertrag** an den andern Vertragschließenden gemacht sind, können sie nur in den Formen der §§ 2290—2292 aufgehoben werden. Einseitige bloß bei Gelegenheit des Erbvertrags getroffene Verfügungen stehen nach § 2299 den testamentarischen gleich und werden deshalb durch Satz 1 mitgetroffen. Hier handelt es sich um vertragsmäßige Zuwendungen **zugunsten Dritter.** Sie können ebenfalls gemäß §§ 2290—2292, aber auch unbeschadet der Fortdauer des Erbvertrags und ohne Zuziehung des andern Vertragschließenden durch Vertrag des Erblassers unmittelbar mit dem bedachten Dritten außer Wirksamkeit gesetzt werden.

3. § 2347: gleiche sachliche, § 2348: gleiche Formerfordernisse wie für den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht nach § 2346. Die ergänzende Vorschrift des § 2349 ist durch Nichterwähnung jedenfalls ausgeschlossen. Ebenso die Auslegungsregel des § 2350 (a. M. für Abs 1 Planck A 5), wiewohl freie Auslegung zu gleichen Ergebnissen führen kann. § 2351 handelt dagegen von jeder Form des Erbverzichts und gilt deshalb auch für die Aufhebung des Verzichts auf letztwillige Zuwendungen.

Achter Abschnitt

Erbschein

Dem gesetzlichen sowohl als dem gewillkürten Erben ist die Möglichkeit gegeben, sich durch Angehen des Nachlaßgerichts einen Ausweis über sein Erbrecht zu verschaffen, dem im Verkehr mit Dritten besondere Beweiskraft und öffentlicher Glaube innewohnt (§§ 2365 bis 2367). Dem Erbschein ähnliche Wirkungen kommen auch dem Testamentsvollstreckerzeugnis zu (§ 2368). Besondere Erbausweise GBO §§ 37, 38, 99, RSchuldBG vom 31. 5. 91 § 11, FGG § 188, Zeugnis über Fortsetzung der Gütergemeinschaft § 1507. Ist der Erbfall vor 1. 1. 00 eingetreten, so bleibt auch bezüglich der Erbausweise nach EG Art 213 das ältere Recht maßgebend.

§ 2353

Das Nachlaßgericht[1]) hat dem Erben[2]) auf Antrag[3]) ein Zeugnis über sein Erbrecht[4]) und, wenn er nur zu einem Teile der Erbschaft berufen ist, über die Größe des Erbteils zu erteilen (Erbschein)[5]).

E I 2068, 2078 II 2218 M 5, 558, 559, 574 P 5, 670—679, 691.

1. **Nachlaßgericht** FGG §§ 72 ff., EGzBGB Art 147, KonsGG vom 7. 4. 00 § 7, SchutzgebG vom 10. 9. 00 § 2. Unzuständigkeit des Gerichts macht den von ihm erteilten Erbschein nicht unwirksam (FGG § 7). Übertragung an ein anderes Gericht im Wege der Rechtshilfe ist nicht zulässig.

2. Nur dem **Erben** im Sinne von § 1922 Abs 1 darf der Erbschein erteilt werden, gleichviel ob er durch Gesetz, Testament oder Erbvertrag berufen ist, nicht also dem Erwerber des

Erbteils im Sinne von § 2033. Ein in dieser Beziehung gemachter, an sich nicht unzulässiger Zusatz nimmt an den Rechtswirkungen des Erbscheins nicht teil (**RG** 64, 173). Ebensowenig darf dem Erbschaftskäufer (a. M. Endemann JW 10, 89), dem bloß forderungsberechtigten Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten Erbschein erteilt werden. Dem Ersatzerben nicht vor Anfall der Erbschaft, dem Nacherben nicht vor Eintritt der Nacherbfolge (§ 2139; vgl. auch § 2363).

3. Zum Antrag (Erfordernisse §§ 2354—2356) ist berechtigt der Erbe (A 2), nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist; er gibt damit zugleich die Annahme der Erbschaft zu erkennen (§ 1943). Der Fiskus erst nachdem die Feststellung §§ 1964 ff. getroffen ist. An Stelle des verstorbenen Erben sind die Erbeserben, im Falle des § 2033 ist der Rechtsnachfolger des Miterben berechtigt, die Erteilung des Erbscheins, jedoch nur auf den Namen des unmittelbar Erbe Gewordenen zu beantragen. Die gleiche Befugnis muß mit Rücksicht auf das immer vorhandene Bedürfnis, einen Erbausweis vorlegen zu können, auch dem Testamentsvollstrecker (trotz und neben dem § 2368), dem Nachlaß- und Nachlaßkonkursverwalter, dem Erbschaftskäufer und kraft seines gesetzlichen Verwaltungsrechts, wenn die Erbschaft zum eingebrachten Gute gehört (§ 1380), dem Ehemann der Erbin zugestanden werden. Das Gesetz spricht ihnen das Antragsrecht jedenfalls nicht ab. War dem Erben bereits Erbschein erteilt, so haben die Genannten auf eine weitere Ausfertigung Anspruch (FGG § 85, Einsicht und Abschrift § 78). In den Fällen der §§ 792, 896 ZPO kann die Erteilung des Erbscheins auch vom Gläubiger des Erben beantragt werden.

4. Das **Zeugnis über das Erbrecht** des Erben bestätigt die Tatsache der Gesamtrechtsnachfolge. Soweit deshalb das Gesetz selbst keine Ausnahme zuläßt (§ 2369), ist ein auf einzelne zur Erbschaft gehörige Gegenstände beschränkter Erbschein nicht zulässig oder doch nicht mit dem öffentlichen Glauben der §§ 2366 ff. ausgestattet. Anderseits gehören nicht in das Zeugnis Angaben über Beschwerungen des Erben durch Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilsansprüche, Teilungsanordnungen, da sie das Erbrecht selbst unberührt lassen, oder über das Ergebnis der Erbauseinandersetzung. Ebensowenig Entscheidungsgründe. Wohl aber Beschränkungen, die, wie die Anordnung der Nacherbfolge oder Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§§ 2363, 2364) das Wesen des Erbrechts verändern. Im einzelnen hat das Zeugnis, wofür reichsgesetzlich Formvorschriften nicht erteilt sind, Namen und Zeit des Todes des Erblassers, Namen und Wohnort der Erben, das Verwandtschaftsverhältnis oder die maßgebende Verfügung von Todes wegen so genau zu bezeichnen, daß Verwechselungen ausgeschlossen sind. Die Angabe des Berufungsgrundes (§ 1951 A 2) ist unentbehrlich. Es genügt jedoch alternative Bezeichnung, wenn in zweifelhaften Fällen der Erbe sowohl nach dem einen wie nach dem andern Grunde (Gesetz und Testament) berufen erscheint.

5. Sind **mehrere Erben** vorhanden, so kann der Erbschein nach § 2357 als gemeinschaftlicher, aber auch und zwar auch neben dem gemeinschaftlichen, nur für einen einzelnen und allein namhaft zu machenden Miterben erteilt werden. In beiden Fällen ist die **Größe des Erbteils**, d. h. des dem Erben anfallenden Bruchteils der Erbschaft anzugeben, wozu es unter Umständen noch der vorherigen Wertsbestimmung einzelner dem Erben zugewendeter Gegenstände bedarf (§ 2087 A 2; OLG 18, 368). Die Angabe des durch Berufung zur Zeit des Erbfalls angefallenen Erbteils genügt, auch wenn Erhöhung nach §§ 1935, 2094 noch möglich ist. Solange die Höhe des Erbteils wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben oder aus andern Gründen ungewiß ist (§ 2043), kann dem hiervon betroffenen Antragsteller auch der Erbschein nicht erteilt werden. — Die Kosten des Erbscheins trägt der Antragsteller, sie sind nicht Nachlaßverbindlichkeit.

§ 2354

Wer die Erteilung des Erbscheins als gesetzlicher Erbe beantragt, hat anzugeben:

1. **die Zeit des Todes des Erblassers;**
2. **das Verhältnis, auf dem sein Erbrecht beruht;**
3. **ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, durch die er von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde;**
4. **ob und welche Verfügungen des Erblassers von Todes wegen vorhanden sind;**
5. **ob ein Rechtsstreit über sein Erbrecht anhängig ist.**

Ist eine Person weggefallen, durch die der Antragsteller von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde, so hat der Antragsteller anzugeben, in welcher Weise die Person weggefallen ist.

E I 2069 II 2219 M 5, 559, 560 P 5, 679; 6, 357.

Gesetzliche Erbfolge. Gewillkürte § 2355.

Zu Nr 1: Zeit des Todes so genau als zur Beurteilung der Erbfolge erforderlich. Todeserklärung § 18, Umkommen in gemeinsamer Gefahr § 20.

Zu Nr 2: Verwandtschaftsverhältnis § 1924—1930, eheliches Verhältnis § 1931. Fiskus § 1936. In Zweifelsfällen ist auch die Staatsangehörigkeit des Erblassers nachzuweisen (EG Artt 24 ff.).

Zu Nr 3: Mit Rücksicht auf § 1930 haben die Verwandten der ersten und ferneren Ordnungen, mit Rücksicht auf §§ 1931, 1932 hat der Ehegatte darzulegen, daß ihnen vorgehende oder neben ihnen berechtigte Erben entweder nie vorhanden waren, oder daß und wie (Abs 2) solche Personen vor oder nach Eintritt der Erbfolge weggefallen sind. Wegfallsgründe § 1935 A 2. Auch die Weggefallenen und deren Verwandtschaftsverhältnis sind näher zu bezeichnen. Eine Versicherung, daß die Geburt eines Miterben nicht zu erwarten sei (§ 2043), braucht nicht notwendig verlangt zu werden.

Zu Nr 4: Verfügungen von Todes wegen (§ 1937) sind, soweit vorhanden, nicht bloß anzugeben, sondern auch vorzulegen, obwohl das letztere in § 2356 nur für die das Erbrecht begründenden Urkunden vorgeschrieben ist. Ohne Einsicht und Prüfung der vorhandenen Verfügungen, gleichviel welchen Inhalts, kann der Nachlaßrichter das gesetzliche Erbrecht auch nach der verneinenden Seite: daß ihm Verfügungen von Todes wegen nicht entgegenstehen, nicht als festgestellt erachten (§ 2359). Noch vorhandene, aber gemäß §§ 2255, 2256 zweifellos widerrufene Urkunden stehen den nicht vorhandenen gleich. Ergibt eine vorhandene Verfügung die Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge und wird deren Unwirksamkeit behauptet, so ist auch dies darzulegen (Abs 2).

Zu Nr 5: Im Falle des Rechtsstreits Gehör des Gegners (§ 2360 Abs 1). — Ist der Erbe selbst der Antragsteller, so liegt die Annahme der Erbschaft regelmäßig schon im Antrage. Ein Antrag mit Vorbehalt der Ausschlagung ist unstatthaft. Andere Antragsberechtigte (§ 2353 A 3) haben zu beweisen, daß die Annahme erfolgt sei (§ 1943 A 4; vgl. auch § 2357 A 3).

§ 2355

Wer die Erteilung des Erbscheins auf Grund einer Verfügung von Todes wegen beantragt, hat die Verfügung zu bezeichnen, auf der sein Erbrecht beruht[1]), anzugeben, ob und welche sonstigen Verfügungen des Erblassers von Todes wegen vorhanden sind, und die im § 2354 Abs. 1 Nr. 1, 5, Abs 2 vorgeschriebenen Angaben zu machen.

E I 2078 II 2220 M 5, 558, 573, 574 P 5, 671, 681, 691.

1. **Gewillkürte Erbfolge.** Die betreffende Verfügung von Todes wegen (§ 1937) ist zu bezeichnen und nach § 2355 vorzulegen. S. auch § 2360 Abs 2, 3. Erst nach der Eröffnung (§ 2260) kann der Schein erteilt werden.

2. Ob die sonstigen Verfügungen auf das Erbrecht des Antragstellers von Einfluß sind und welchen sonstigen Inhalt sie haben, ist gleichgültig.

3. § 2354 Nr 1: Zeit des Todes, Nr 5: etwa anhängiger Rechtsstreit. Abs 2: Darlegung, inwiefern dem Erbrecht des Antragstellers entgegenstehende oder es schmälernde Berufene weggefallen sind (der vor dem Ersatzerben zunächst Berufene, Miterben, Nacherben). Die Angaben erstrecken sich nicht auf die Personen der gesetzlichen Erben (abgesehen von §§ 2066 ff.), Pflichtteilsberechtigten oder der übrigen Erben, wenn nicht gemeinschaftlicher Erbschein nach § 2357 verlangt wird.

§ 2356

Der Antragsteller hat die Richtigkeit der in Gemäßheit des § 2354 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 gemachten Angaben durch öffentliche Urkunden nachzuweisen[1]) und im Falle des § 2355 die Urkunde vorzulegen, auf der sein Erbrecht beruht[2]). Sind die Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen, so genügt die Angabe anderer Beweismittel[3]).

In Ansehung der übrigen nach den §§ 2354, 2355 erforderlichen Angaben hat der Antragsteller vor Gericht oder vor einem Notar an Eides Statt

zu versichern, daß ihm nichts bekannt sei, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegensteht[4]). Das Nachlaßgericht kann die Versicherung erlassen, wenn es sie für nicht erforderlich erachtet[5]).

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit die Tatsachen bei dem Nachlaßgericht offenkundig sind[6]).

E I 2070, 2078 Abs 3 II 2221 M 5, 560—562 P 5, 679, 682, 691.

1. **Nachweis durch öffentliche Urkunden** (ZPO § 415). Für § 2354 Abs 1 Nr 1 (Zeit des Todes) Sterbeurkunde oder Todeserklärung (§§ 13 ff.; ZPO § 970). Für Nr 2 (Verwandtschafts ꝛc. -Verhältnis) Geburtsurkunden, für die ältere Zeit kirchliche Zeugnisse, Legitimationsurkunden u. dgl. Beruht das Erbrecht auf ehelicher Abstammung, so wird zwar durch die Eintragung der Eltern gemäß PStG § 22 Nr 5 der Beweis ihrer Verheiratung strenggenommen nicht geführt (§ 15 dess G.) Durch § 2359 ist aber in diesem Falle der Nachlaßrichter ermächtigt, sich mit der Geburtsurkunde zu begnügen und daneben nicht auch Heiratsurkunde zu erfordern (KGJ 36 A 97). Durch Geburtsurkunden ist auch das Vorhandensein der die Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelnden Zwischenpersonen nachzuweisen. Hängt das in Anspruch genommene Erbrecht davon ab, daß sie wieder weggefallen sind (§ 2354 Abs 2), so ist jenachdem der Wegfall durch Sterbeurkunden, Todeserklärungen, durch Vorlegung der sie ausschließenden Verfügung von Todes wegen § 1938, der Erbverzichtsurkunde § 2346, der Ausschlagungserklärung § 1945, des rechtskräftigen die Erbunwürdigkeit aussprechenden (§ 2342) oder des Scheidungsurteils darzutun. Todeserklärung ist entbehrlich, wenn das Gericht aus andern Umständen die Überzeugung vom Wegfall eines Verschollenen gewinnt (RJA 9, 84). Soweit sich die betreffenden Urkunden bereits in der Hand des Nachlaßgerichts, sei es auch einer andern Geschäftsabteilung desselben Gerichts befinden, genügt es hierauf Bezug zu nehmen. Nach Landesrecht bestimmt sich, ob Rückgabe der Urschriften nach Entnahme beglaubigter Abschriften verlangt werden kann.

2. Die die Erbeinsetzung enthaltende **Verfügung von Todes wegen** muß sich nach §§ 2259—2261 ohnedies schon in der Verwahrung des Nachlaßgerichts befinden. Ob und inwieweit es den Nachweis der Echtheit des Privattestaments erfordern will, steht nach § 2359 im pflichtmäßigen Ermessen des Nachlaßrichters, s. jedoch §§ 2360 Abs 2, 2368 Abs 2.

3. Im Gebrauche **anderer Beweismittel** (Zeugen, Sachverständige z. B. Genealogen, Privaturkunden z. B. Familienstammbäume usw.) sind dem Gericht keine Schranken gezogen. Auch der Inhalt wirksam gebliebener, aber verloren gegangener Verfügungen von Todes wegen (A 2) kann auf diesem Wege festgestellt werden (§ 2255 A 4).

4. Die **eidesstattliche Versicherung** betrifft zumeist die Negative (Nichtvorhandensein gleich oder besser berechtigter Erben, entgegenstehender Verfügungen von Todes wegen, Nichtanhängigsein eines Rechtsstreits), legt dem Eidespflichtigen nicht, wie § 459 ZPO eine besondere Prüfungs- und Erkundigungspflicht auf (RGSt 39, 226), kann aber nach Lage des Falles auch auf bestimmte einzelne Tatsachen abgestellt werden. Eidespflichtig ist der Antragsteller, auch wenn er, wie in den Fällen des § 2353 A 3 mit dem Erben nicht identisch ist, insbesondere auch der Gläubiger des Erben. Der Eid muß vom gesetzlichen Vertreter des Antragstellers, kann aber nicht von einem Bevollmächtigten abgelegt werden (a. M. Dernburg V § 159 A 19). § 2358 ermächtigt in jedem Falle den Nachlaßrichter, den Erben selbst, wenn er eidesmündig ist (ZPO § 473 Abs 2) auch eidlich zu vernehmen und dadurch die Versicherung zu verüberflüssigen. Die örtliche Zuständigkeit von Gericht oder Notar — zwischen denen auch im Falle des Art 141 EG zum BGB dem Eidespflichtigen die Wahl bleibt — und die Form der Beurkundung bestimmt sich nach Landesrecht, da es sich hierbei nicht um Beurkundung von Rechtsgeschäften nach FGG Artt 167 ff. handelt.

5. **Erlaß des Eides** nach Ermessen des Nachlaßrichters, deshalb auch kein Beschwerderecht aus FGG § 20 gegen die Abforderung. Vgl. auch § 2357 Abs 4.

6. **Offenkundigkeit** (ZPO § 291), sei es daß die Tatsachen nach allgemeinen Erfahrungssätzen feststehen (Ableben überalter Personen), oder dem Nachlaßgericht sonst amtlich bekannt sind.

§ 2357

Sind mehrere Erben vorhanden, so ist auf Antrag ein gemeinschaftlicher Erbschein zu erteilen. Der Antrag kann von jedem der Erben gestellt werden[1]).

In dem Antrage sind die Erben und ihre Erbteile anzugeben[2]).

Wird der Antrag nicht von allen Erben gestellt, so hat er die Angabe zu enthalten, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben. Die Vorschriften des § 2356 gelten auch für die sich auf die übrigen Erben beziehenden Angaben des Antragstellers[3]).

Die Versicherung an Eides Statt ist von allen Erben abzugeben, sofern nicht das Nachlaßgericht die Versicherung eines oder einiger von ihnen für ausreichend erachtet[4]).

E II 2222 P 5, 678, 679.

1. **Gemeinschaftlicher Erbschein.** Wird er von sämtlichen Miterben, zu denen aber der Nacherbe neben dem Vorerben nicht gehört, oder für sie von einem nach § 2353 A 3 Antragsberechtigten beantragt, so gelten bezüglich aller Erben die Bestimmungen der §§ 2254 bis 2256 mit den Besonderheiten der Abs 2 und 4. Der einzelne Miterbe hat die Wahl, sich den Erbschein nur für seine Person und nur über seinen Erbteil (§ 2353 A 5), oder als gemeinschaftlichen erteilen zu lassen, muß aber in diesem Falle auch die sonst den Miterben obliegenden Angaben machen und Beweise erbringen (A 4). Ein auf eine Gruppe von Erben beschränkter Erbschein ist dem Gesetze unbekannt (a. M. Dernburg V § 159 A 7).

2. Angabe der **Erbteile** d. h. bestimmte Bezeichnung der in Anspruch genommenen Bruchteile (RJA 9, 6) ohne Rücksicht auf etwaige Ausgleichungsposten. Soweit sie auch nur bezüglich eines Miterben unbestimmbar sind (so im Falle des § 2043 der Kinder neben der Witwe), ist die Erteilung des gemeinschaftlichen Erbscheins über „ihre Erbteile" ebenfalls ausgeschlossen (a. M. Planck A 7), vgl. auch § 2353 A 5.

3. Die **Annahme der Erbschaft** (§ 1943 A 1) wird vom Antragsteller schon durch den Antrag erklärt. Bezüglich der übrigen Erben hat er sie darzulegen und nach § 2356 nachzuweisen. Im Mangel ausdrücklicher Annahmeerklärung ist der Fristbeginn, d. h. der Zeitpunkt der erlangten Kenntnis vom Grunde der Berufung (§ 1944 A 2/4) und der Ablauf der Ausschlagungsfrist für jeden der beteiligten Erben nachzuweisen. Alle Nachweise sind grundsätzlich durch öffentliche Urkunden und Versicherung an Eides Statt zu führen (§ 2356).

4. Die **eidesstattliche Versicherung** ist grundsätzlich von allen Erben abzugeben, auch wenn bloß einer von ihnen den gemeinschaftlichen Erbschein beantragt. Die Verpflichtung der übrigen, hierdurch zur Erteilung des Erbscheins „mitzuwirken", ergibt sich aus § 2038 A 2 (a. M. Strohal II § 67 A 24). Sie können, soweit sie nicht Gründe zur Verweigerung des Eides beibringen, im Klagewege dazu angehalten werden, wenn auch der Eid selbst nicht erzwungen werden kann. Ob und inwieweit sich der Nachlaßrichter an der Versicherung eines oder mehrerer Erben genügen lassen oder ob er sie ganz erlassen will, steht nach §§ 2356 A 5, 2359 in seinem pflichtmäßigen Ermessen.

§ 2358

Das Nachlaßgericht hat unter Benutzung der von dem Antragsteller angegebenen Beweismittel von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen[1]).

Das Nachlaßgericht kann eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der andern Personen zustehenden Erbrechte erlassen; die Art der Bekanntmachung und die Dauer der Anmeldungsfrist bestimmen sich nach den für das Aufgebotsverfahren geltenden Vorschriften[2]).

E I 2071 Abs 1 Satz 2, 2072, 2078 Abs 3 II 2223 M 5, 562, 563, 574 P 5, 679—683.

1. **Offizialtätigkeit** des Nachlaßgerichts gemäß FGG §§ 12, 15. Es ist nicht auf die angebotenen Beweismittel beschränkt. Die Ermittelungen haben sich nicht bloß auf das Vorhandensein, sondern gegebenenfalls auch auf die Echtheit und Wirksamkeit getroffener Verfügungen von Todes wegen, Rechtzeitigkeit der Ausschlagung, Gebundenheit durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament usw. zu erstrecken. Anerkennung des Erbrechts durch die Beteiligten überhebt das Gericht nicht der Verpflichtung zu eigener Prüfung (KGJ 34 A 112). Gehör der Beteiligten § 2360. Keine Beschwerde gegen die Vornahme von Ermittelungen aus FGG § 19.

2. **Öffentliche Aufforderung** entsprechend den Aufgebotsvorschriften ZPO §§ 948 bis 950, wiewohl ohne Androhung von Rechtsnachteilen, nach Ermessen des Gerichts. So insbesondere, wenn das Vorhandensein besser berechtigter Erben (Kinder aus einer bestimmten Ehe) wahrscheinlich ist. Kein Ersatz der Todeserklärung.

§ 2359

Der Erbschein ist nur zu erteilen, wenn das Nachlaßgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet¹).

E I 2071 Abs 1 Satz 2, 2078 Abs 3 II 2224 M 5, 562, 574 P 5, 679, 682, 691.

1. **Feststellung des Erbrechts.** Das Gericht entscheidet nach Abschluß der Ermittelungen (§ 2358) nach freier Überzeugung (ZPO § 286), welche Tatsachen es für festgestellt erachtet. Beweisregeln insbesondere auch bezüglich des Urkundenbeweises (ZPO §§ 415 ff.) bestehen nicht. Eine Begründung ist nicht zu erteilen. Aus den festgestellten oder offenkundigen Tatsachen hat das Nachlaßgericht selbständig im bejahenden oder verneinenden Sinne bestimmte Schlußfolgerungen in bezug auf das mit dem Antrage geltend gemachte Erbrecht zu ziehen. Danach ist der Erbschein entweder so, wie er beantragt ist, zu erteilen oder zu verweigern. Keinesfalls darf der Antragsteller zur Entscheidung streitiger Tat- oder Rechtsfragen auf den Prozeßweg verwiesen werden. Selbst das zwischen mehreren Erbprätendenten ergangene rechtskräftige Urteil ist für das Nachlaßgericht formell nicht bindend (a. M. Dernburg V § 162, III). Ist ein Rechtsstreit anhängig vgl. § 2360 Abs 1. Bloße Anfechtbarkeit einer Verfügung von Todes wegen oder der Erbfolge hindert die Erteilung des Erbscheins nicht (a. M. Strohal II § 67 A 17). Ist jedoch die Anfechtung gemäß § 2081 erklärt, so hat sich das Nachlaßgericht auch über ihren Erfolg schlüssig zu machen. Erbunwürdigkeit erst mit Rechtskraft des Urteils (§ 2342 Abs 2). Die Größe des Erbteils (§§ 2353 A 5, 2357 A 2) und der Berufungsgrund (§ 1951 A 2) sind zu bezeichnen. Führen gesetzliche und gewillkürte Erbfolge zu demselben Ergebnis, so kann — entsprechende Antragstellung vorausgesetzt — das Erbrecht auch alternativ bezeugt werden. Im übrigen vgl. § 2353 A 4. Beschwerde gegen Ablehnung des Erbscheins nach FGG §§ 19, 20. Sie steht im Falle des § 2357 jedem Miterben und jedem nach § 2353 A 3 Antragsberechtigten zu. Nachträgliche Abhilfe FGG § 18 Abs 1. Dagegen keine Beschwerde gegen Erteilung des Erbscheins, sondern nur Klage aus § 2362 Abs 1 oder Antrag auf Einziehung nach § 2361, dessen Ablehnung wiederum mit Beschwerde verfolgbar ist (RG 61, 273).

§ 2360

Ist ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig, so soll vor der Erteilung des Erbscheins der Gegner des Antragstellers gehört werden¹).

Ist die Verfügung, auf der das Erbrecht beruht, nicht in einer dem Nachlaßgerichte vorliegenden öffentlichen Urkunde enthalten, so soll vor der Erteilung des Erbscheins derjenige über die Gültigkeit der Verfügung gehört werden, welcher im Falle der Unwirksamkeit der Verfügung Erbe sein würde²).

Die Anhörung ist nicht erforderlich, wenn sie untunlich ist³).

E I 2071 Abs 2, 2078 Abs 3 II 2225 M 5, 562, 574 P 5, 679—682, 691.

1. **Anhängigkeit eines Rechtsstreits** über das Erbrecht (Erbschaftsanspruch, Feststellungsklage, Erbunwürdigkeitsklage, auch Streitigkeiten über den Personenstand als unmittelbare Voraussetzungen des Erbrechts) schließt die Erteilung des Erbscheins nicht aus. Erlangt aber das Nachlaßgericht aus dem Antrage (§ 2354 Nr 5) oder sonst hiervon Kenntnis, so „soll" es den Gegner des Antragstellers vorher mündlich oder schriftlich hören. Zweckmäßig wird es auch die Prozeßakten beiziehen. Erachtet es aber auch unter Berücksichtigung der Prozeßergebnisse die nach § 2358 ihm selbständig obliegenden Ermittelungen als abgeschlossen, so muß es trotz des schwebenden Rechtsstreits sich über den Antrag schlüssig machen (§ 2359 A 1; a. M. RJA 9, 75; Planck A 2; Staudinger A II 2), darf aber die Tatsache, daß der Rechtsstreit anhängig ist, im Erbschein erwähnen. Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs sind kein Hindernis, dem Erben selbst (wie auch dem Verwalter § 2353 A 3) den Erbschein zu erteilen. Der Prozeßrichter ist nicht ermächtigt, dem Nachlaßgericht die Erteilung d. h. Aushändigung des Erbscheins durch einstweilige Verfügung zu untersagen.

2. Ist die nach § 2356 vorzulegende **Verfügung von Todes wegen** ein Privattestament (§ 2231 Nr 2) oder Not- oder Seetestament gemäß §§ 2250, 2251, oder Militärtestament (EG Art 44), so „soll", auch wenn bezüglich der Echtheit und Wirksamkeit keine Zweifel obwalten, das Nachlaßgericht die Beteiligten hören, die ohne die Verfügung, als in früheren Verfügungen eingesetzte oder als gesetzliche Erben berufen wären. Dasselbe gilt, wenn die errichtete — öffentliche oder nichtöffentliche — Verfügung untergegangen oder verloren ist und ihr Inhalt nur durch andere Beweismittel festgestellt werden kann (§ 2356 A 3).

3. Die Anhörung ist **untunlich** nicht bloß wenn sie unausführbar, sondern auch wenn sie unverhältnismäßig schwierig ist oder mit erheblichen Verzögerungen und unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde (vgl. §§ 2200 A 2, 2216 A 4, 2356 A 3). Pflichtmäßiges Ermessen entscheidet.

§ 2361

Ergibt sich, daß der erteilte Erbschein unrichtig ist[1], so hat ihn das Nachlaßgericht einzuziehen[2]. Mit der Einziehung wird der Erbschein kraftlos[3].

Kann der Erbschein nicht sofort erlangt werden, so hat ihn das Nachlaßgericht durch Beschluß für kraftlos zu erklären[4]. Der Beschluß ist nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung bekannt zu machen[5]. Mit dem Ablauf eines Monats nach der letzten Einrückung des Beschlusses in die öffentlichen Blätter wird die Kraftloserklärung wirksam[6].

Das Nachlaßgericht kann von Amts wegen über die Richtigkeit eines erteilten Erbscheins Ermittelungen veranstalten[7] [8].

E I 2073, 2078 Abs 3 II 2226 M 5, 563, 564 P 5, 683.

1. Die **Unrichtigkeit des Erbscheins** kann sich durch den Ausgang eines über das Erbrecht geführten Rechtsstreits oder durch neue dem Nachlaßgericht bekannt werdende Tatsachen (Ausschlagung eines Miterben gegenüber der nach § 2357 A 3 als bewiesen angesehenen Annahme, erfolgreiche Anfechtung, Erbunwürdigkeitserklärung usw.) oder dadurch ergeben, daß es aus Tat- oder Rechtsgründen zu einer abweichenden Auffassung kommt, sei es auch daß es den Nachweis des früher angenommenen Erbrechts jetzt nicht mehr als geführt erachtet. Auch wenn die beschränkenden Angaben der §§ 2363, 2364 zu Unrecht unterblieben oder inhaltlich unrichtig sind oder geworden sind. Schreibfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten (ZPO § 319) können dagegen auf dem Erbschein selbst und den erteilten Ausfertigungen berichtigt werden. Bloße Zweifel an der Richtigkeit des Scheines genügen nicht. Veräußerung des Erbteils nach § 2033 macht den Erbschein nicht unrichtig (RG 64, 173).

2. Gemeint ist das **Nachlaßgericht**, das den Erbschein erteilt hat. Die Einziehung steht deshalb einem andern, auch dem mit Recht sich für zuständig erachtenden Nachlaßgericht nicht zu, zumal die Wirksamkeit des Scheines von der Zuständigkeit des erteilenden Gerichts nicht abhängig ist (§ 2353 A 1).

3. Die **Einziehung** erfolgt von Amts wegen. Inwieweit hierzu Zwangsmittel gegeben sind, bestimmt sich nach Landesrecht. Sie ist vollzogen dadurch, daß das Gericht den tatsächlichen Besitz des urschriftlichen Erbscheins wieder erlangt hat. Die bloße Einforderung oder die Rückgabe der erteilten Ausfertigungen — auf die gleichfalls zu dringen ist — genügt nicht. Schon die Tatsache der Einziehung macht den Schein **kraftlos**, d. h. sie entzieht ihm endgültig die Wirkungen der §§ 2365 ff., auch wenn er etwa versehentlich wieder in Verkehr gesetzt, sogar wenn er vom Nachlaßgericht selbst, weil die Einziehung als ungerechtfertigt erkannt war, wieder ausgehändigt würde. Hier bleibt nur Erteilung neuen Erbscheins übrig.

4. Der die **Kraftloserklärung** aussprechende Beschluß ist dem Antragsteller (§ 2353 A 3) gemäß § 16 FGG bekannt zu machen und wird ihm sowie dem hiervon unterrichteten Dritten gegenüber schon hierdurch wirksam (§ 2366 A 7).

5. **Öffentliche Zustellung** ZPO §§ 204—206.

6. Die **Wirksamkeit** der Kraftloserklärung tritt nach Ablauf eines Monats (ZPO § 206) von dem Ausgabetage des am spätesten erschienenen öffentlichen Blattes ab gerechnet gegen Jedermann ein. Der Erbschein verliert damit schlechthin den öffentlichen Glauben der §§ 2365—2367. Der neue richtige Erbschein kann schon unerwartet des Fristablaufs erteilt werden. Daneben bleibt die Einziehungspflicht (A 2) bestehen. Ähnlich Kraftloserklärung der Vollmacht § 176.

7. Die **Ermittelungspflicht** des Nachlaßgerichts (§ 2358 A 1) dauert auch nach Erteilung des Erbscheins fort.

8. **Beschwerde** nach §§ 19, 20 FGG ist zulässig sowohl gegen die die Einziehung anordnende als gegen die den Antrag auf Einziehung ablehnende Verfügung. Insbesondere ist der wirkliche Erbe nicht auf die Klage aus § 2362 beschränkt (RG 61, 273). Dagegen keine Beschwerde gegen den Beschluß auf Kraftloserklärung des Erbscheins FGG § 84. Der Antragsteller kann vielmehr alsbald neuen Erbschein beantragen und gegen die Ablehnung Beschwerde führen.

§ 2362

Der wirkliche Erbe kann von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheins die Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangen[1].

Derjenige, welchem ein unrichtiger Erbschein erteilt worden ist, hat dem wirklichen Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen[2]).

E I 2074 II 2227 Abs 1, 2 M 5, 564, 565 P 5, 683; 6, 357, 358.

1. Der **wirkliche Erbe**, dem der Nacherbe, der Testamentsvollstrecker und der irrtümlich für tot Erklärte gleichgestellt sind (§§ 2363 Abs 2, 2364 Abs 2, 2370 Abs 2), hat neben dem Rechte, die Einziehung zu beantragen (§ 2361 A 8), den durch Klage verfolgbaren **Anspruch auf Herausgabe des unrichtigen Erbscheins** an das Nachlaßgericht. Die Klage steht zu gegen den **Besitzer** des Erbscheins, auch des bereits für kraftlos erklärten Erbscheins und der erteilten Ausfertigungen, gleichviel ob er den Besitzer selbst oder einen Dritten als Erben ausweist. Auch mittelbarer Besitz genügt (§ 868). Der falsche Erbe ist ohne Besitz und deshalb allein, weil ihm der unrichtige Erbschein erteilt worden ist, nicht passiv legitimiert. Jede Unrichtigkeit im Sinne von § 2361 A 1, auch Unvollständigkeit genügt zur Klagebegründung. Erst mit der Herausgabe an das Nachlaßgericht, die als Einziehung wirkt, wird der Erbschein kraftlos (§ 2361 A 3).

2. Die **Auskunftspflicht** liegt, abweichend von Abs 1 nicht dem Besitzer des Erbscheins als solchem, sondern dem oder den mehreren darin fälschlich als Erben ausgewiesenen Personen ob. Der Erbe oder Miterbe, dessen Erbrecht nur dem Umfange nach unrichtig im Erbschein bezeichnet ist, ist deshalb allein dem wirklichen Erben oder Miterben nicht auskunftspflichtig. Wohl aber trifft die Auskunftspflicht auch den Gläubiger des (falschen) Erben und die sonstigen nach § 2353 A 3 Antragsberechtigten, die sich den falschen Erbschein haben erteilen lassen und dadurch gleichfalls in die Lage gekommen sind über den Nachlaß zu verfügen, gleichviel ob sie davon Gebrauch gemacht haben oder nicht. Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses und Offenbarungseid § 260. Ebenso der Erbschaftsbesitzer § 2027.

§ 2363

In dem Erbscheine, der einem Vorerben erteilt wird, ist anzugeben, daß eine Nacherbfolge angeordnet ist[1]), unter welchen Voraussetzungen sie eintritt[2]) und wer der Nacherbe ist[3]). Hat der Erblasser den Nacherben auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird, oder hat er bestimmt, daß der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll, so ist auch dies anzugeben[4]).

Dem Nacherben steht das im § 2362 Abs. 1 bestimmte Recht zu[5]).

E I 2075 II 2228 Abs 1, 3 M 5, 565, 566 P 5, 683, 684.

1. Der **Erbschein des Vorerben** muß zum Schutze der Rechte des Nacherben erkennen lassen, daß die aus §§ 2112 ff. sich ergebenden Beschränkungen in der Verfügung über Erbschaftsgegenstände bestehen oder — im Interesse des Vorerben — daß und inwieweit sie kraft letztwilliger Anordnung nicht bestehen. Dagegen beweist der Erbschein in der Hand des Vorerben nicht, daß sein Recht noch fortbesteht, d. h. daß es nicht durch Eintritt der Nacherbfolge (§ 2139) oder schon vorher durch Entziehung der Verwaltung (§ 2129) erloschen ist. Hat sich die Nacherbfolge durch Zeitablauf (§ 2109) oder durch Wegfall des Nacherben (§ 2108 A 2) ganz erledigt, so wird der Erbschein unrichtig, dem bisherigen Vorerben ist neuer, unbeschränkter Erbschein zu erteilen (§ 2361). Der Nacherbe hat auf Erteilung eigenen Erbscheins erst nach Eintritt der Nacherbfolge Anspruch (§ 2353 A 2).

2. **Voraussetzungen der Nacherbfolge** §§ 2103—2107, 2109.

3. Die Bezeichnung des **Nacherben**, auch des Ersatzerben hat, wenn sie keine namentliche sein kann (§§ 2101, 2104), nach andern Merkmalen (künftige Nachkommenschaft des X) so genau als möglich zu geschehen. Eine spätere Ergänzung des Erbscheins ist nicht ausgeschlossen.

4. Einsetzung auf den **Überrest** und **befreite Vorerbschaft** § 2137. Erstreckt sich die Befreiung nur auf einzelne der in § 2136 angegebenen Beschränkungen, so sind, entsprechend dem Legitimationszweck des Erbscheins, auch hierüber Angaben notwendig, widrigenfalls der Erbschein unrichtig wäre (a. M. Planck A 4). Entsprechend bei der Eintragung des Vorerben im Grundbuch GBO § 52.

5. Der **Herausgabeanspruch** des § 2362 Abs 1 — daneben das Recht, Einziehung nach § 2361 zu betreiben — steht dem Nacherben gegen jeden Besitzer des unrichtigen Erbscheins, also, wenn darin Unrichtigkeiten im Sinne des ersten Absatzes enthalten sind, auch gegen den Vorerben zu, und zwar bereits vor Eintritt der Nacherbfolge. Dagegen ist er zu dem Verlangen auf Auskunftserteilung nach § 2362 Abs 2 erst nach Eintritt der Nacherbfolge, gegenüber dem Vorerben übrigens schon nach § 2130 A 3 berechtigt.

§ 2364

Hat der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernannt, so ist die Ernennung in dem Erbschein anzugeben[1]).

Dem Testamentsvollstrecker steht das im § 2362 Abs. 1 bestimmte Recht zu[2]).

E I 2075 Abs 2, 3 II 2228 Abs 2, 3 M 5, 566 P 5, 683.

1. Nur die **Ernennung des Testamentsvollstreckers** (§§ 2197 ff.), nicht auch sein Name oder etwaige ihn in der Verwaltung beschränkende oder befreiende Anordnungen (§ 2368 Abs 2) sind im Erbschein anzugeben. Sie hat zu unterbleiben, wenn dem Testamentsvollstrecker Verwaltungsrechte an der Erbschaft oder an einem Erbschaftsgegenstande überhaupt nicht zustehen (so §§ 2208, 2222, 2223). Vgl. auch GBO § 53. Ebenso, wenn die Ernennung nach § 2201 unwirksam oder zur Zeit der Erteilung des Erbscheins, z. B. durch Ablehnung des Amtes bereits hinfällig geworden ist (a. M. KJA 8, 35). Das dem Testamentsvollstrecker selbst zu erteilende Zeugnis behandelt § 2368.

2. Der Testamentsvollstrecker kann — neben dem Rechte, Einziehung nach § 2361 zu beantragen — **Herausgabe des Erbscheins** sowohl vom Erben verlangen, wenn darin die Ernennung des Testamentsvollstreckers nicht angegeben ist oder sonstige Unrichtigkeiten enthalten sind, als auch von jedem dritten Besitzer des unrichtigen Erbscheins. Als Ausfluß seines Verwaltungsrechts gebührt ihm in diesem Falle auch das Recht auf Auskunftserteilung aus § 2362 Abs 2. Recht des Testamentsvollstreckers, selbständig die Erteilung des Erbscheins zu beantragen § 2353 A 3.

§ 2365

Es wird vermutet[1]), daß demjenigen, welcher in dem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, das in dem Erbschein angegebene Erbrecht zustehe[2]) und daß er nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt sei[3]).

E I 2076 II 2229 M 5, 567, 568 P 5, 683.

1. Die durch den Erbschein begründete **Vermutung** ist durch alle Beweismittel widerlegbar (§ 292 ZPO). Sie äußert ihre Wirkung mit der Erteilung, d. h. regelmäßig mit der Aushändigung des Erbscheins an den Antragsteller, sei es, daß ihm auch nur mittelbarer Besitz daran verschafft wird (§ 868). Doch ist die Fortdauer der Vermutung von der Fortdauer des Besitzes oder auch nur vom Vorhandensein des Erbscheins nicht abhängig. Sie erlischt erst mit der Einziehung oder Kraftloserklärung (§ 2361), dem die Herausgabe an das Nachlaßgericht gleichsteht (§ 2362 A 1) oder dadurch, daß von einem wenn auch unzuständigen Nachlaßgericht, ein zweiter widersprechender Erbschein erteilt wird. Eine Vermutung hebt dann die andere auf. Öffentlicher Glaube des Erbscheins §§ 2366, 2367.

2. Die Vermutung hat, wie bei der Eintragung im Grundbuche (§ 891), unmittelbar das **Erbrecht** des oder der mehreren im Erbschein bezeichneten Erben, insbesondere auch die Größe des Erbteils (§ 2353 A 5), nicht die dem zugrunde liegenden Tatsachen zum Gegenstande. Sie wirkt sowohl für den Erben, wenn er das Erbrecht selbst, so insbesondere aktiv mit dem Erbschaftsanspruche oder passiv in Verteidigung gegen den Anspruch eines Dritten, oder wenn er einzelne zum Nachlaß gehörende Ansprüche geltend macht, als auch gegen ihn, wenn er wegen Nachlaßverbindlichkeiten belangt wird. Doch ist der Erbe keineswegs genötigt, den Nachweis seines Erbrechts gegenüber den Nachlaßschuldnern nur durch Erbschein zu führen, und diese dürfen nicht Zahlung bis nach Vorlegung des Scheins verweigern (**RG** 54, 343 und Warn 08 Nr 75). Gemäß § 857 erstreckt sich die Vermutung auch darauf, daß der Erbe an den Nachlaßsachen Besitz erlangt habe und daß ihm deshalb die Besitzschutzmittel zur Seite stehen. Er wird aber mit Erteilung des Scheins allein nicht schon Erbschaftsbesitzer im gesetzlichen Sinne des § 2018 A 4.

3. **Inhalt und Umfang** des Erbrechts werden sowohl nach der positiven als nach der negativen Seite bezeugt. Positiv dahin, daß es überhaupt und zugleich, daß es mit den angegebenen Beschränkungen besteht. Negativ dahin, daß sonstige Beschränkungen nicht angeordnet sind. Als solche mögliche Beschränkungen des Erben kommen jedoch nur in Frage Anordnung einer Nacherbfolge und Ernennung eines Testamentsvollstreckers gemäß §§ 2363, 2364, nicht auch Teilungsanordnungen, die nur schuldrechtliche Verpflichtungen zwischen den Erben begründen (§ 2048 A 1). Ebensowenig befaßt sich die Vermutung mit Umständen, die nicht auf Anordnung des Erblassers beruhen, wie etwaige Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs oder Entziehung der Verwaltung nach § 2129. — Nachweis der Erbfolge durch Erbschein nach GBO §§ 36, 37, FGG § 107 Abs 2.

§ 2366

Erwirbt jemand von demjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist[1]), durch Rechtsgeschäft[2]) einen Erbschaftsgegenstand[3]), ein Recht an einem solchen Gegenstand[4]) oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte[5]), so gilt zu seinen Gunsten der Inhalt des Erbscheins, soweit die Vermutung des § 2365 reicht, als richtig[6]), es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kennt[7]) oder weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat[8]) [9]).

E I 2077 II 2230 M 5, 569—572 P 5, 684—686; 6, 222.

1. **Öffentlicher Glaube** des Erbscheins, entsprechend dem Inhalte des Grundbuchs § 892, soweit es sich um **Erwerb** von dem durch Erbschein ausgewiesenen Erben handelt. Leistung an den Erben § 2367. Entscheidend ist lediglich, ob zur Zeit des Erwerbs ein solcher Erbschein erteilt ist und noch in Geltung steht. Nicht ist erforderlich, daß ihn der Erbe bei Abschluß des Geschäfts besitzt oder vorlegt oder daß er oder der Erwerber auch nur davon Kenntnis haben (RG 26. 9. 06 V 3/06). Ebensowenig ist zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb unterschieden, doch haftet letzterenfalls der Erwerber dem wirklichen Erben nach §§ 816 A 1, 822 auf Bereicherung.

2. Der Erwerb muß **durch Rechtsgeschäft,** einseitiges oder zweiseitiges, vermittelt sein (Vorbem vor § 104). Demnach scheidet aus der Erwerb unmittelbar kraft Gesetzes (so § 412), durch Erbgang oder Verfügung von Todes wegen, im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes, soweit es sich dabei nicht gemäß ZPO §§ 894, 897 um die durch Urteil erzwungene Erfüllung eines Rechtsgeschäfts handelt. Verfügende Rechtsgeschäfte anderer Art s. § 2367 A 3. Der dem Erbscheinserben aus dem Rechtsgeschäfte zufließende Erwerb (die Gegenleistung) wird als Surrogat nach §§ 2019 A 2, 2111 A 2 Bestandteil der Erbschaft, soweit er mit Mitteln der Erbschaft gemacht ist. Im übrigen haftet der Erbscheinserbe nach § 816 A 4 auf Bereicherung. Das zwischen ihm und einem Dritten ergehende Urteil wirkt weder für noch gegen den wirklichen Erben.

3. **Erbschaftsgegenstand,** Sache oder Recht (§ 90) einschließlich der Surrogate nach § 2019 A 2, im Gegensatz zu der Erbschaft als Ganzem (§§ 2030, 2371 ff.) oder zum Erbteile. Der Erbschein schützt mithin denjenigen nicht, welcher einen Erbteil auf Grund von § 2033 Abs 1 erwirbt. Zugleich kommt zum Ausdruck („Erbschaftsgegenstand, zur Erbschaft gehörendes Recht"), daß sich der Erwerb auf der Grundlage des dem Erbscheinserben vermeintlich zustehenden Erbrechts vollzogen haben muß. Doch genießen Veräußerungen auf Grund eines andern vermeintlichen Rechtstitels den Schutz der §§ 932 ff.

4. **Recht an Erbschaftsgegenständen,** z. B. Dienstbarkeiten, Hypotheken usw., Pfandrechte.

5. **Befreiung von Rechten** dinglicher oder persönlicher Art, sofern sie dem Erben als solchem, auch als Erbschaftssurrogate, zustehen (Löschungsbewilligungen, Erlaß, befreiende Schuldübernahme).

6. Die **Schutzwirkung** des Erbscheins reicht soweit wie die Vermutung des § 2365, nicht weiter. Danach hat die vom falschen, aber durch einen noch in Geltung stehenden Erbschein ausgewiesenen Erben vorgenommene Veräußerung die gleiche Wirkung, wie wenn sie der wahre Erbe bewirkt hätte. Ebenso sind die Veräußerungen des wirklichen Erben, dem unbeschränkter Erbschein erteilt ist, vollwirksam, auch wenn er in Wahrheit durch Anordnung einer Nacherbfolge oder Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt war. Dagegen bietet der Erbschein keine Gewähr dafür, daß der Erbe nicht in anderer Weise (durch Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs, Entziehung der Verwaltung nach § 2129) beschränkt oder daß sein Vorerbenrecht inzwischen durch Eintritt der Nacherbfolge erloschen sei (s. jedoch § 2140). Selbstverständlich auch nicht dafür, daß er gemäß § 2361 nicht für kraftlos erklärt ist. Angaben, die nicht in den Erbschein gehören (§ 2353 A 3, 4), genießen den öffentlichen Glauben überhaupt nicht. Der Schutz tritt nur *zugunsten des Erwerbers* ein, nicht zugunsten des oder der vermeintlichen Erben, also nicht auch bezüglich der Verfügungen, die vermeintliche Miterben untereinander über Erbschaftsgegenstände getroffen haben. Anderseits wirkt der unrichtige Erbschein auch nicht zuungunsten des Erwerbers, wenn er z. B. nachweist, daß die im Erbschein angegebenen Beschränkungen des Erben in Wahrheit nicht bestehen.

7. Der Schutz des Erbscheins versagt, wenn dem Erwerber **Kenntnis von der Unrichtigkeit** (§ 2361 A 1) nachgewiesen wird. Hierzu genügt jedoch nicht Kennenmüssen (§ 122 Abs 2) oder Kenntnis von einzelnen Tatsachen, die das bezeugte Erbrecht aufzuheben oder einzuschränken geeignet sind, wenn er dadurch nicht zur Überzeugung von der Unrichtigkeit des Scheins gebracht worden ist. Der Erwerber braucht deshalb nicht gutgläubig im Sinne

von § 932 Abs 2 zu sein. Zweifel, selbst ein auf grober Fahrlässigkeit beruhendes Nichterkennen der Unrichtigkeit, ist ihm unschädlich. Kenntnis von der Anfechtbarkeit steht nach § 142 Abs 2 der Kenntnis von der Nichtigkeit gleich. Entscheidend ist der Zeitpunkt der Vollendung des betreffenden Rechtsgeschäfts. Grundsätzlich kommt es auf die Kenntnis des Vertreters an, ausnahmsweise genügt diejenige des Vertretenen (§ 166).

8. Der Schutz versagt ferner mit erlangter Kenntnis von der bloßen Tatsache des wegen Unrichtigkeit des Erbscheins gestellten **Verlangens der Rückgabe,** gleichviel ob wirklich eine Unrichtigkeit vorlag und ob das Verlangen sich als gerechtfertigt erwiesen hat. Dem muß gleichgestellt werden, wenn der Erwerber von der rechtskräftigen Verurteilung zur Herausgabe an das Nachlaßgericht erfährt (§ 2362 Abs 1). Dagegen ist die Kenntnis davon unschädlich, daß dieses Verlangen nur erst gestellt ist. Das Vorhandensein eines zweiten widersprechenden Erbscheins hebt die Vermutung des § 2365 (A 1) und damit auch den öffentlichen Glauben des ersten Erbscheins auf (a. M. Staudinger A III, E). Mit Wiedereinziehung des ihm entgegenstehenden Scheins kommt jedoch der auf Grund des andern Erbscheins vollzogene Erwerb zu Kräften.

9. Neben § 2366 kommt dem Erwerber gemäß § 892 auch der **Inhalt des Grundbuchs** zugute, soweit der Erbe dort eingetragen ist. Weisen das Grundbuch und der Erbschein verschiedene Personen als Erben aus, so kann zwar der auf Grund des Erbscheins gemachte Erwerb nicht zur Eintragung im Grundbuche führen. Doch verliert der Erbschein damit im übrigen nicht seine Schutzwirkung. Inwieweit die Kenntnis von der (richtigen) Eintragung im Grundbuch oder von einem dort eingetragenen (begründeten) Widerspruch der Kenntnis von der Unrichtigkeit des Erbscheins gleichsteht (A 7), ist Tatfrage.

§ 2367

Die Vorschriften des § 2366 finden entsprechende Anwendung[1]), wenn an denjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes eine Leistung bewirkt[2]) oder wenn zwischen ihm und einem andern in Ansehung eines solchen Rechtes ein nicht unter die Vorschrift des § 2366 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält[3]).

E I 2077 II 2231 M 5, 569—572 P 5, 685—687, 728, 729.

1. **Öffentlicher Glaube** des Erbscheins, entsprechend beim Grundbuch § 893, wenn es sich um Leistungen an den Erben oder um andere als Erwerbsgeschäfte handelt.

2. Der gutgläubige Nachlaßschuldner wird durch **Leistung an den Erbscheinserben** (§ 241) auch dann befreit, wenn er sich nicht als wirklicher Erbe erweist oder wenn der Erbe infolge bestehender, aber im Erbschein nicht angegebener Beschränkungen (§ 2366 A 6) nicht wirksam annehmen kann. Der Schuldner ist jedoch nicht berechtigt, die Leistung von Vorlegung gerade eines Erbscheins abhängig zu machen (§ 2365 A 2, s. jedoch ZPO § 94). Ob die Leistung an den Erbscheinserben persönlich oder so bewirkt wird, daß sie der Gläubiger als erfolgt gelten lassen muß (§§ 182 ff., 1375, 1443), ist gleichgültig. Hinterlegung steht der Leistung gleich (§ 378). Auch insoweit treten die mit der Leistung an den Berechtigten verknüpften Wirkungen ein, als dadurch kraft Gesetzes (§§ 268, 426, 774, 1143, 1163, 1177) die dem wirklichen Erben zustehende Forderung auf den Leistenden übergeht. Zur Erbschaft gehören auch die durch Surrogation Bestandteile der Erbschaft gewordenen Rechte (§§ 2019 A 2, 2111 A 2). Der falsche Erbe haftet dem wirklichen Erben nach § 816 Abs 2 auf Bereicherung.

3. Als **nicht auf Erwerb abzielende Verfügungsgeschäfte,** zweiseitige oder einseitige, die der Erbscheinserbe gegenüber einem Dritten oder dieser gegen den Erbscheinserben vornimmt, kommen in Betracht Aufrechnung, Anbieten der Leistung, Kündigung, Vorrangseinräumung, Erklärungen an Behörden usw. Dagegen kann der Erbscheinserbe niemals den wirklichen Erben bloß schuldrechtlich so auch nicht durch Abschluß von Mietverträgen über ein Nachlaßgrundstück verpflichten, ebensowenig durch Führung eines Rechtsstreites über zur Erbschaft gehörende Rechte (Dernburg V § 160 A 7).

§ 2368

Einem Testamentsvollstrecker hat das Nachlaßgericht auf Antrag ein Zeugnis über die Ernennung zu erteilen[1]). Ist der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt[2]) oder hat der Erblasser angeordnet, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlich-

keiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein soll, so ist dies in dem Zeugnis anzugeben[3]).

Ist die Ernennung nicht in einer dem Nachlaßgerichte vorliegenden öffentlichen Urkunde enthalten[4]), so soll vor der Erteilung des Zeugnisses der Erbe wenn tunlich über die Gültigkeit der Ernennung gehört werden[5]).

Die Vorschriften über den Erbschein finden auf das Zeugnis entsprechende Anwendung[6]); mit der Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers wird das Zeugnis kraftlos[7]).

E II 2233 M 5, 222 P 5, 253—255, 688—691.

1. Das **Testamentsvollstreckerzeugnis** wird dem Testamentsvollstrecker für seine Person erteilt und bekundet, abweichend von dem für den Erben erteilten Erbschein, nicht bloß die Tatsache der Ernennung (§ 2364 A 1), sondern hat auch seine Person namentlich zu bezeichnen. Auf das Zeugnis hat, sobald er das Amt angenommen hat, nicht bloß der verwaltende, sondern jeder Testamentsvollstrecker Anspruch, also auch in den Fällen der §§ 2208, 2222, 2223.

2. Als **Verwaltungsbeschränkungen** kommen alle von der Regel der §§ 2203—2206 abweichenden Anordnungen in Betracht, soweit sie für den rechtsgeschäftlichen Verkehr des Testamentsvollstreckers mit Dritten von Erheblichkeit sind (RJA 7, 24). Insbesondere also Beschränkungen aus §§ 2208, 2209, 2222, 2223, Anordnungen für die Amtsführung mehrerer Testamentsvollstrecker § 2224 Abs 1, aber auch solche über Fortdauer der Verwaltung nach § 2210 A 1 oder über deren zeitliche Begrenzung.

3. **Befreiungen** in der Eingehung von Verbindlichkeiten §§ 2207, 2209 A 3.

4. Der **Nachweis der Ernennung** durch öffentliche Urkunde ist ausgeschlossen in den § 2360 A 2 erwähnten Fällen. Er erledigt sich, wenn das Gericht nach § 2200 selbst die Ernennung vornimmt.

5. **Gehör des Erben,** Untunlichkeit wie § 2360 A 2, 3.

6. Die entsprechende Anwendung der **Vorschriften über den Erbschein** ergibt: Angabe über die Größe des betreffenden Erbteils, wenn der Testamentsvollstrecker nur einem von mehreren Erben bestellt ist (§ 2353). Im übrigen ist die Person des Erben gleichgültig, die Angabe hierüber zur Verhütung von Verwechselungen mit dem Erbschein eher zu vermeiden. Die in §§ 2354—2356 vorgeschriebenen Angaben und Nachweise liegen dem Testamentsvollstrecker nur insoweit ob, als davon die Gültigkeit seiner Ernennung abhängt. Jeder der mehreren Testamentsvollstrecker kann das Zeugnis für sich allein (wiewohl unter Aufführung auch der übrigen zur Führung des Amtes mit Berechtigten § 2224), aber auch als gemeinschaftliches beantragen, hat aber dann die Annahme des Amtes durch die übrigen nachzuweisen (§ 2357). Ermittelungs- und Prüfungspflicht des Nachlaßgerichts §§ 2358, 2359, insbesondere wenn ein Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers eintritt (§ 2361 Abs 3). Gehör des Gegners, nach Befinden auch der streitenden Erbprätendenten, wenn ein Rechtsstreit über Gültigkeit der Ernennung anhängig ist (§ 2360). Einziehung oder Kraftloserklärung des ungültigen Zeugnisses § 2361 (RJA 10, 121). Klagerecht des Erben oder des wirklichen Testamentsvollstreckers auf Herausgabe des unrichtigen Zeugnisses und Auskunftspflicht § 2362. Beweiskraft und öffentlicher Glaube des Zeugnisses §§ 2365—2367. Gegenständlich beschränktes Zeugnis nach § 2369 (KGJ 36 A 112).

7. Mit **Beendigung des Amtes** (§§ 2225—2227) wird das **Zeugnis von selbst kraftlos.** Eine besondere Kraftloserklärung (§ 2361 Abs 2) findet in diesem Falle nicht statt, doch hat das Nachlaßgericht für Einziehung zu sorgen. Auch die Vorlegung des Zeugnisses bietet Dritten keine Gewähr dafür, daß die Befugnisse des Testamentsvollstreckers noch fortbestehen. Sie sind nur gemäß § 2218 A 1 geschützt. Jedoch können sie sich insoweit auf den öffentlichen Glauben des Zeugnisses berufen, als es eine auf Anordnung des Erblassers beruhende Beschränkung der Amtsdauer des Testamentsvollstreckers nicht enthält (§ 2365 A 3). Kein Recht des Dritten, den Nachweis des Amtes gerade durch das Zeugnis zu verlangen, s. aber ZPO § 94 (§ 2365 A 2). — Antragsrecht des Gläubigers auf Erteilung des Zeugnisses ZPO §§ 792, 896, Recht auf Akteneinsicht und Ausfertigung FGG §§ 78, 85; GBO § 36 Abs 2. Recht des Testamentsvollstreckers, die Erteilung des Erbscheins zu beantragen, § 2353 A 3.

§ 2369

Gehören zu einer Erbschaft, für die es an einem zur Erteilung des Erbscheins zuständigen deutschen Nachlaßgerichte fehlt, Gegenstände, die sich im Inlande befinden, so kann die Erteilung eines Erbscheins für diese Gegenstände verlangt werden[1]).

Ein Gegenstand, für den von einer deutschen Behörde ein zur Eintragung des Berechtigten bestimmtes Buch oder Register geführt wird, gilt als im Inlande befindlich[2]). Ein Anspruch gilt als im Inlande befindlich, wenn für die Klage ein deutsches Gericht zuständig ist[3]).

E I 2079 II 2234 M 5, 574, 575 P 5, 691—696; 6, 21.

1. **Gegenständlich beschränkter Erbschein.** Nach § 73 FGG ist stets ein zuständiges deutsches Nachlaßgericht vorhanden, wenn es sich um die Erbschaft eines Deutschen oder um diejenige eines Ausländers handelt, der im Inlande wohnte oder sich aufhielt. Ist dagegen der Erblasser ein Ausländer und hatte er zur Zeit des Erbfalls im Inlande weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so ist die Erteilung förmlichen Erbscheins aus § 2353 ausgeschlossen (KGJ 36 A 102). Wenn das Gesetz einen beschränkten Erbschein für im Inlande befindliche Nachlaßgegenstände (Sachen oder Rechte § 90) zuläßt, so handelt es sich auch hier um Bezeugung eines Erbrechts, d. h. einer Gesamtnachfolge, für deren Voraussetzungen regelmäßig das betreffende ausländische Recht maßgebend ist (KGJ 36 A 111, s. aber EG Art 25 Satz 2). Ob dieses Erbrecht auch das inländische Vermögensstück ergreift, ist davon abhängig, ob es zu der betreffenden Erbschaft gehört. Daß dies der Fall und daß der Erbe hierüber verfügungsberechtigt sei, wird im Erbschein nicht bezeugt, braucht also bei dem Antrag auf Erteilung des Scheins auch nicht nachgewiesen zu werden. Immerhin ist darzulegen, daß die auch im Erbschein näher zu bezeichnenden Gegenstände zur Zeit des Antrags im Inlande vorhanden sind und tatsächlich zum Nachlaß gehören. Im übrigen sind die Erfordernisse der Antragstellung, die Wirkungen des Erbscheins, wiewohl nur in Ansehung der bezeichneten Gegenstände, die Aufgaben des Nachlaßgerichts usw. die gleichen wie beim gewöhnlichen Erbschein. Die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts bestimmt sich nach §§ 73 Abs 2, 3 FGG. Als Inland kann auch ein Konsularbezirk oder ein Schutzgebiet in Betracht kommen (KonsGG v. 7. 4. 00 § 26; SchutzgebG v. 10. 9. 00 § 3).

2. **Behördlich gebuchte Gegenstände,** so insbesondere im Grundbuch, Schiffsregister, Reichs- und Staatsschuldbuch, Patentrolle, Musterregister, Handelsregister.

3. **Vermögensrechtliche Ansprüche,** für deren Verfolgung nach §§ 12 ff., nicht bloß § 23 ZPO ein deutsches Gericht zuständig ist. — Die Ausnahmevorschrift gestattet nicht, den gegenständlich beschränkten Erbschein auch ohne die besonderen Voraussetzungen des § 2369 zu erteilen (§ 2353 A 4), wohl aber ist sie für das Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368) entsprechend anwendbar.

§ 2370

Hat eine für tot erklärte Person den Zeitpunkt überlebt, der als Zeitpunkt ihres Todes gilt, oder ist sie vor diesem Zeitpunkte gestorben, so gilt derjenige, welcher auf Grund der Todeserklärung Erbe sein würde, in Ansehung der in den §§ 2366, 2367 bezeichneten Rechtsgeschäfte zugunsten des Dritten auch ohne Erteilung eines Erbscheins als Erbe[1]), es sei denn, daß der Dritte die Unrichtigkeit der Todeserklärung kennt[2]) oder weiß, daß die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben worden ist[3]).

Ist ein Erbschein erteilt worden, so stehen dem für tot Erklärten, wenn er noch lebt, die im § 2362 bestimmten Rechte zu[4]). Die gleichen Rechte hat eine Person, deren Tod ohne Todeserklärung mit Unrecht angenommen worden ist[5]).

E I 2089, 2090 II 2335 M 5, 597—600 P 5, 725, 726.

1. Ist jemand **auf Grund einer Todeserklärung** (§ 18) **vermeintlicher Erbe** des für tot Erklärten geworden, so bleiben auch ohne Erteilung eines Erbscheins die von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte der in den §§ 2366, 2367 bezeichneten Art zugunsten des gutgläubigen Dritten wirksam. Und zwar sowohl gegenüber dem irrig für tot Erklärten, in dessen Vermögen zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts überhaupt keine Erbfolge eröffnet war, als auch gegenüber demjenigen, der nach dem ermittelten wirklichen — früheren oder späteren — Zeitpunkte des Todes des Erblassers in Wahrheit schon zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts sein gesetzlicher oder gewillkürter Erbe geworden war. Die Schutzwirkung tritt nur ein, wenn der als Erbe Aufgetretene unter der Voraussetzung der Richtigkeit des in der Todeserklärung angenommenen Todestages auch wirklich Erbe des für tot Erklärten geworden wäre. Eine

Vermutung, daß dem so sei, würde nur durch wirklich erteilten Erbschein begründet (§ 2365).

2. Kenntnis erfordert, wie im Falle des § 2366 A 7, positives Wissen **von der Unrichtigkeit der Todeserklärung,** also davon, daß der für tot Erklärte noch gelebt hat oder zu welchem andern Zeitpunkt er gestorben ist.

3. Aufhebung der Todeserklärung infolge der **Anfechtungsklage** mit Rechtskraft des darauf ergehenden Urteils ZPO § 976 Abs 3. Kenntnis davon, daß die Klage erhoben worden, ist unschädlich.

4. Dem fälschlich für tot Erklärten steht gegen den Erbschaftsbesitzer nach §§ 2031, 2027 der Anspruch auf Herausgabe seines Vermögens und Auskunftserteilung zu. Die Pflicht zur Auskunft und zur Herausgabe des Erbscheins liegt nach § 2362 auch dem Besitzer des unrichtigen Erbscheins ob. Nicht minder ist das vermeintliche Nachlaßgericht, das den unrichtigen Erbschein erteilt hat, nach § 2361 zur Einziehung verpflichtet.

5. Entsprechend § 2031 Abs 2.

Neunter Abschnitt

Erbschaftskauf

Der Erbschaftskauf, dessen Grundsätze auch für Veräußerungsgeschäfte anderer Art gelten (§ 2385), betrifft nicht das Erbrecht, sondern nur die Erbschaftsgegenstände und deren Surrogate nach dem Bestande zur Zeit des Kaufes (§ 2374). Er begründet deshalb wenigstens auf der Aktivseite der Erbschaft keine Gesamtnachfolge, macht aber den Käufer neben dem gleichfalls forthaftenden Verkäufer in jedem Falle für die Nachlaßverbindlichkeiten haftbar (§§ 2382—2384). Im allgemeinen gelten die Kaufsgrundsätze, sie sind aber mit Rücksicht auf die erbrechtliche Natur des Geschäfts durch eine Anzahl besonderer Vorschriften ergänzt. § 2371 fordert für den Kauf gerichtliche oder notarielle Beurkundung.

§ 2371

[1])Ein Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft[2]), bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[3]).

E II 448 M 2, 352—354 P 2, 114, 115; 5, 444.

1. Der **Erbschaftskauf** ist Kauf im Sinne von §§ 433 ff., somit schuldrechtliches Geschäft. Er wirkt nicht dinglich, so daß die Erbschaft als Ganzes unmittelbar auf den Käufer als Gesamtnachfolger überginge, verpflichtet vielmehr den Verkäufer, die einzelnen zur Erbschaft gehörigen Sachen und Rechte nach den hierfür geltenden besonderen Vorschriften auf den Käufer als Einzelnachfolger so zu übertragen, daß er sie hat wie wenn er an Stelle des Verkäufers Erbe geworden wäre. Dagegen hat die Verfügung des Miterben über seinen Nachlaßanteil dingliche Wirkung (§ 2033 A 3).

2. Gegenstand des Kaufes ist die **angefallene Erbschaft** als Vermögensinbegriff oder der Anteil eines Miterben (§ 1922 Abs 2), im Ganzen oder nach Bruchteilen, nicht aber das Erbrecht selbst. Unwirksamkeit des Verkaufes von Erbansprüchen auf Bestandteile des Nachlasses RG 61, 76. Anfall der Erbschaft § 1942. Der Kauf ist nichtig, wenn er über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten geschlossen wird und die Ausnahme des § 312 Abs 2 nicht Platz greift. Ist der Erbfall eingetreten, so kann auch die noch nicht angefallene Erbschaft, insbesondere die Nacherbschaft bedingungsweise (für den Fall des Anfalls), es kann sogar die einem Dritten angefallene Erbschaft vom Nichterben unter Einhaltung der Form wirksam verkauft werden (§§ 434, 2376).

3. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung §§ 128, 152, Nichtigkeit wegen Nichtbeobachtung der Form § 125. Der Formzwang erstreckt sich auf alle Vertragsabreden, nicht bloß auf das eigentliche Veräußerungsgeschäft (RG 25. 2. 07 IV 387/06). Der Formvorschrift unterliegen auch Vergleiche unter Erbprätendenten, wodurch die Erbschaft aufgeteilt wird (RG 72, 210). Aber mangels Formbeobachtung bleibt der in dieser Weise abgefundene Erbe wenigstens schuldrechtlich im Verhältnis zu den übrigen Erben an der Geltendmachung seiner Erbansprüche verhindert (RG Warn 09 Nr 512). Der Mangel der Form kann gemäß § 313 Satz 2 durch Auflassung, nicht aber durch Übertragung des Erbteils gemäß § 2033 (A 4) geheilt werden. Doch liegt hierin meist formgerechte Wiederholung des Kaufgeschäfts. Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich §§ 1822 Nr 1, 1643.

§ 2372

Die Vorteile, welche sich aus dem Wegfall eines Vermächtnisses oder einer Auflage[1]) oder aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben ergeben, gebühren dem Käufer[2]).

E I 488 Abs 3 II 450 Abs 2 M 2, 355 P 2, 112, 113.

1. Ergänzende Vorschrift. **Wegfall von Vermächtnissen und Auflagen** kommt dem Käufer als Gegenstück für die durch § 2382 ihm auferlegte Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten zugute. § 2376 ergibt dasselbe beim Wegfall der Nacherbschaft.

2. **Ausgleichungspflicht** §§ 2050 ff. Die daraus hervorgehende Erhöhung des gesetzlichen Erbteils gebührt dem Käufer, wie ihm der Verkäufer nach § 2376 auch dafür haftet, daß infolge der Ausgleichung keine Minderung des Erbteils eintritt.

§ 2373

Ein Erbteil, der dem Verkäufer nach dem Abschlusse des Kaufes durch Nacherbfolge oder infolge des Wegfalls eines Miterben anfällt, sowie ein dem Verkäufer zugewendetes Vorausvermächtnis ist im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen[1]). Das Gleiche gilt von Familienpapieren und Familienbildern[2]).

E I 488 Abs 2 II 450 Abs 1, 3 M 2, 354, 355 P 2, 112—114.

1. Auslegungsregeln, z. T. abweichend von der Nacherbfolge § 2110. Vorausgesetzt ist Verkauf des **Erbteils** durch einen Miterben, dem durch **Nacherbfolge** oder **Wegfall eines Miterben** (§§ 1935, 2094 ff.) ein fernerer Erbteil anfällt. **Vorausvermächtnis** § 2150, das auch im Voraus bestehen kann, § 1932. Doch haftet nach § 2376 der Verkäufer für das Nichtvorhandensein auch eines solchen Vermächtnisses.

2. **Familienpapiere** („Urkunden rechtlicher Art, Personenstandsatteste, Korrespondenzen, Tagebücher, Familiennotizen usw." Prot 2, 114) **und Familienbilder,** gleichviel ob sie Vermögenswert haben oder nicht (vgl. § 2047 A 3). Die Regel gilt beim Verkaufe sowohl des Erbteils als der ganzen Erbschaft.

§ 2374

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die zur Zeit des Verkaufs vorhandenen Erbschaftsgegenstände[1]) mit Einschluß dessen herauszugeben, was er vor dem Verkauf auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erlangt hat, das sich auf die Erbschaft bezog[2]).

E I 489, 490, 491 Abs 1 II 451 Abs 1 M 2, 356—358 P 2, 115—121, 126; 6, 182.

1. Gegenstand der **Herausgabepflicht** ist nicht wie im Falle der §§ 2018 A 5, 2130 die Erbschaft als Ganzes, sondern sind die einzelnen **Erbschaftsgegenstände**, Sachen oder Rechte (§ 90). Nach der Natur dieser Gegenstände bestimmt sich gemäß § 433 Abs 1 die Pflicht zur Übergabe, Auflassung und Übertragung. Maßgebend ist jedoch nicht die Zeit des Erbfalls, sondern die **Zeit des Verkaufes.** Zur Verschaffung bereits vorher veräußerter, wenn auch bei Dritten noch vorhandener Gegenstände ist der Verkäufer überhaupt nicht, zur Ersatzleistung nur im Rahmen des § 2375 verpflichtet. Anderseits gehören zur Erbschaft und sind deshalb mit herauszugeben auch nach dem Erbfall vom Erben als solchem erworbene Rechte, wie z. B. Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger, gegen Miterben (Ausgleichungspflicht), aus der Geschäftsführung (§ 1959). Ferner der Erbschaftsanspruch (§§ 2018 ff.), der Anspruch gegen den Vorerben (§ 2130) und die nach § 857 erlangten Besitzrechte. Sonstige Verpflichtungen des Verkäufers ergeben sich aus allgemeinen Kaufs- und Vertragsgrundsätzen, so insbesondere aus § 260 die Pflicht zur Vorlegung eines Verzeichnisses und nach Befinden zur Leistung des Offenbarungseides. Der vom Scheinerben kaufende Erwerber ist nach § 2030 dem Erbschaftsanspruch des wahren Erben ausgesetzt. Auch eine Genehmigung durch letzteren macht den Verkauf nicht wirksam nach § 185, da es sich hierbei (abgesehen von der Veräußerung eines Erbteils nach § 2033) nicht um eine Verfügung handelt. Im übrigen ist der Käufer für den unter dem Titel des Erbschaftskaufs vom Nichterben abgeleiteten Erwerb nicht durch §§ 932 ff., sondern nur im Falle der Erteilung des Erbscheins nach §§ 2366, 2367 oder durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches geschützt.

2. Vorausgesetzt, daß sie zur Zeit des Verkaufes noch beim Erben vorhanden sind (A 1), sind auch die **Surrogate der Erbschaft** herauszugeben. Es gelten hierfür die gleichen Grundsätze wie für die Erbengemeinschaft (vgl. § 2041). Danach ist nicht in Natur (s. aber § 2375 A 2) herauszugeben, was der Erbe mit Mitteln der Erbschaft, aber für sich erworben hat (§§ 2019 A 2, 2111 A 2). Umgekehrt kann er die Herausgabe nicht durch den Nachweis abwenden, daß er z. B. den Ersatz aus eigenen Mitteln beschafft habe. Die Nutzungen verbleiben dem Verkäufer (§ 2379). Handelt es sich um den durch Verfügung nach § 2033 vollzogenen Verkauf eines Erbteils, so erlangt der Käufer, indem er die Rechtsstellung des Miterben erwirbt, vermöge der dinglichen Wirkung der Surrogation gemäß § 2041 dadurch unmittelbar die Verfügung auch über die Surrogate der Erbschaft. Soweit die Auseinandersetzung bereits durchgeführt und damit die Erbengemeinschaft aufgehoben ist (§ 2047 A 1), bestimmt sich auch hier die Herausgabepflicht nach § 2374.

§ 2375

Hat der Verkäufer vor dem Verkauf[1]) einen Erbschaftsgegenstand verbraucht, unentgeltlich veräußert oder unentgeltlich belastet[2]), so ist er verpflichtet, dem Käufer den Wert des verbrauchten oder veräußerten Gegenstandes, im Falle der Belastung die Wertminderung zu ersetzen[3]). Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Käufer den Verbrauch oder die unentgeltliche Verfügung bei dem Abschlusse des Kaufes kennt[4]).

Im übrigen kann der Käufer wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem andern Grunde eingetretenen Unmöglichkeit der Herausgabe eines Erbschaftsgegenstandes nicht Ersatz verlangen[5]).

E I 491 II 451 Abs 2 M 2 357, 358 P 2, 115—120, 126.

1. In der Zeit vom Anfall **bis zum Verkauf der Erbschaft** ist der Erbe in der Verfügung über die Erbschaft unbeschränkt (Abs 2). Gleichwohl gewährt Abs 1, wenn es nachmals zum Verkaufe kommt, dem Käufer auch für früher vorgenommene unentgeltliche Verminderungen im Wege ergänzender Bestimmung einen Ausgleich. Der Verkäufer des Erbteils haftet hierfür zu dem entsprechenden Teile.

2. Zu den **verbrauchten** Sachen (§ 92) gehört ausgegebenes Erbschaftsgeld, auch wenn es z. B. erst durch Verkauf von Nachlaßgegenständen an deren Stelle getreten wäre, soweit damit nicht Surrogate für den Nachlaß erlangt sind (§ 2375 A 2). Verbrauch durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung §§ 946 ff. Verbraucht ist auch eine Nachlaßforderung, deren Aufrechnung mit seiner eigenen Schuld an den Nachlaßschuldner der Erbe vornimmt oder geschehen läßt. **Unentgeltliche Veräußerungen** sind nicht bloß Schenkungen. **Unentgeltliche Belastung** liegt auch dann vor, wenn der Erbe für eine eigene Schuld Hypothek oder Pfandrecht an einem Erbschaftsgegenstande bestellt, da ein hierfür empfangener Gegenwert jedenfalls nicht Surrogat des Nachlasses wird.

3. Für den **Wertsersatz**, dessen Höhe der Käufer zu beweisen hat, ist der Zeitpunkt des Verbrauchs usw. maßgebend. Es ist kein Grund erfindlich, warum Wertsveränderungen bis zum Kaufsschluß je nachdem zum Vorteil, namentlich aber auch zum Nachteil des Verkäufers gehen sollten (a. M. Dernburg V § 191 A 8). Er kann der minder weit gehenden Ersatzforderung auch durch das Mehr, Wiederherstellung des vorigen Standes begegnen. Keine Ersatzpflicht im Falle des § 2385 Abs 2.

4. Für die **Kenntnis des Käufers** ist der Verkäufer beweispflichtig. Kennenmüssen (§ 122 Abs 2) genügt nicht.

5. Vom Verkaufsabschlusse ab haftet der Verkäufer nach allgemeinen Grundsätzen.

§ 2376

Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte[1]) beschränkt sich auf die Haftung dafür, daß ihm das Erbrecht zusteht[2]), daß es nicht durch das Recht eines Nacherben oder durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist[3]), daß nicht Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilslasten, Ausgleichungspflichten oder Teilungsanordnungen bestehen[4]) und daß nicht unbeschränkte Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern oder einzelnen von ihnen eingetreten ist[5]).

Fehler einer zur Erbschaft gehörenden Sache hat der Verkäufer nicht zu vertreten[6]).

E I 492, 493 II 452 M 2, 358 359 P 2, 121, 122; 6, 322, 324.

1. **Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte.** Allgemeine Voraussetzung dafür ist, daß der Käufer den Mangel bei Abschluß des Kaufes nicht kennt (§ 439 Abs 1). Erlaß der Haftung ist nichtig, wenn der Mangel arglistig verschwiegen ist (§ 443). Da die Erbschaft als Inbegriff den Gegenstand des Kaufes bildet, so haftet der Verkäufer nicht für Rechtsmängel der einzelnen zur Erbschaft gehörigen Gegenstände nach §§ 434 bis 439, wenn er diese Haftung nicht vertragsmäßig übernommen hat. Ob dies durch einen Verkauf nach einem Verzeichnis geschehen sei, ist Tatfrage. Er haftet insbesondere auch nicht für ihre Zugehörigkeit zur Erbschaft, sondern nur dafür, daß sie, falls sie zum Vermögen des Erblassers gehörten, durch Erbfolge auf ihn übergegangen sind oder daß er in Erbeneigenschaft daran Rechte erlangt hat. Für den Mangel ist der Käufer beweispflichtig (§ 442). Die Haftung verpflichtet den Verkäufer, wenn er nicht Erbe ist, dem Käufer vom wahren Erben die Erbschaft oder den veräußerten Erbteil (§ 2033) zu verschaffen, die vorhandenen Beschränkungen oder Beschwerungen zu beseitigen. Die Rechte des Käufers bestimmen sich gemäß § 440 Abs 1 nach §§ 320—327. Sein Schadenersatzanspruch ist bezüglich einzelner beweglicher Sachen oder Rechte an solchen Sachen von den Voraussetzungen der §§ 440 Abs 2—4, 441 abhängig. Ist ein Erbteil verkauft, so haftet der Verkäufer nur nach Verhältnis dieses Erbteils. Keine Haftung des Schenkers § 2385 A 4.

2. Haftung **für das Bestehen des Erbrechts**, im Falle des § 2033 des Miterbrechts, beim Verkauf einer Nacherbschaft vor Eintritt der Nacherbfolge für die Berufung zum Nacherben (§ 2371 A 2).

3. Beschränkungen durch das Recht eines **Nacherben** §§ 2112 ff., durch Ernennung eines **Testamentsvollstreckers** §§ 2203 ff. Dagegen keine Haftung dafür, daß nicht Nachlaßverwaltung angeordnet oder Nachlaßkonkurs eröffnet ist, es sei denn, daß arglistiges Verschweigen vorliegt.

4. **Vermächtnisse** einschließlich der gesetzlichen Vermächtnisse des Voraus § 1932, des Dreißigsten § 1969, nicht aber des Unterhaltsanspruchs aus § 1963 (A 5), **Auflagen, Pflichtteilslasten** gehören nicht zu den nach § 2378 (vgl. aber § 2382 A 2) vom Käufer zu erfüllenden Nachlaßverbindlichkeiten. **Ausgleichungspflichten** § 2372 A 2. **Teilungsanordnungen** § 2048.

5. Unbeschränkte Haftung vgl. § 2383 A 1, 2.

6. **Keine Haftung für Sachmängel** nach §§ 459 ff. Nach dem Kaufabschluß haftet der Verkäufer für jedes Verschulden.

§ 2377

Die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnisse zwischen dem Käufer und dem Verkäufer als nicht erloschen[1]). Erforderlichenfalls ist ein solches Rechtsverhältnis wieder herzustellen[2]).

E I 499 II 453 M 2, 365 P 2, 129.

1. Die **Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit** ist in Wahrheit eingetreten und äußert auch nach dem Verkaufe gegen Dritte (hierdurch befreite Bürgen, erloschene Pfandrechte) volle Wirkung. Sie „gilt" nur im Verhältnis der Kaufskontrahenten nicht als eingetreten (so auch § 1991 A 2), sodaß der verkaufende Erbe je nachdem wieder als Nachlaßgläubiger gegen den Käufer auftreten kann (§ 2378), sich aber von ihm auch als Nachlaßschuldner behandeln lassen muß. Im Falle des Verkaufs eines Erbteils (§ 2033) kommt es nach § 2032 (A 3) überhaupt nicht zur Konfusion oder Konsolidation.

2. **Wiederherstellung** insbesondere erloschener Nebenrechte, wie Bürgschaft, Pfand, Hypothek.

§ 2378

Der Käufer ist dem Verkäufer gegenüber[1]) verpflichtet, die Nachlaßverbindlichkeiten zu erfüllen, soweit nicht der Verkäufer nach § 2376 dafür haftet, daß sie nicht bestehen[2]).

Hat der Verkäufer vor dem Verkauf eine Nachlaßverbindlichkeit erfüllt, so kann er von dem Käufer Ersatz verlangen[3]).

E I 495 II 454 M 2, 360, 361 P 2, 122—124.

1. **Haftung gegenüber dem Verkäufer.** Gegenüber den Nachlaßgläubigern §§ 2382, 2383.

2. Die Verpflichtung, die **Nachlaßverbindlichkeiten zu erfüllen,** auch soweit sie erst nach dem Erbfall entstanden sind (§ 1967), wirkt, wenn sie nicht besonders vereinbart wird, nicht als förmliche Schuldübernahme nach §§ 414 ff., da auch der Verkäufer nach wie vor Schuldner bleibt (§ 2382 A 1). Auch § 416 ist deshalb nicht ohne weiteres anwendbar. Doch ist entsprechend § 415 Abs 3 der Käufer zur rechtzeitigen Befriedigung der Nachlaßgläubiger ev. zum Schadenersatz an den Verkäufer verpflichtet. Jedoch nur im Rahmen der beschränkten Haftung, wenn er nicht die unbeschränkte Haftung des Verkäufers gekannt hat (§ 2376 A 1/5). Auch Vermächtnisse, Auflagen und Pflichtteilslasten bleiben im Verhältnis der Kaufskontrahenten auf dem Verkäufer liegen, es sei denn, daß Käufer ihr Vorhandensein gekannt hat (§ 2376). Insoweit kann der Verkäufer auch nicht nach Abs 2 Ersatz verlangen. Die Ausgleichungspflicht ist überhaupt nicht Nachlaßverbindlichkeit.

3. Der **Ersatzanspruch des Verkäufers** folgt aus der Fiktion, daß schon mit dem Erbfall eine Gesamtnachfolge des Käufers in die Nachlaßverbindlichkeiten stattgefunden habe. Der Erfüllung steht gleich Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364), Hinterlegung (§ 378) und Aufrechnung einer Privatforderung des verkaufenden Erben gegen den Nachlaßgläubiger (§ 389). — Beim Verkauf eines Erbteils geht im Umfange des § 2376 auf den Käufer die gesamtschuldnerische Haftung aus §§ 2058 ff. über. Befreiung hiervon bei Ausübung des Vorkaufsrechtes § 2036 A 1. — Sonstige Verpflichtungen des Käufers, wie Zahlung des Kaufpreises, Abnahmepflicht (§ 433 Abs 2), Kosten (§§ 448, 449), Zinspflicht (§ 452) ergeben sich aus den allgemeinen Kaufsvorschriften.

§ 2379

Dem Verkäufer verbleiben die auf die Zeit vor dem Verkaufe fallenden Nutzungen[1]). Er trägt für diese Zeit die Lasten, mit Einschluß der Zinsen der Nachlaßverbindlichkeiten[2]). Den Käufer treffen jedoch die von der Erbschaft zu entrichtenden Abgaben sowie die außerordentlichen Lasten, welche als auf den Stammwert der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind[3]).

E I 495 II 455 M 2, 360, 361 P 2, 120—123.

1. Daß die **Nutzungen** (§§ 99—101) **dem Verkäufer verbleiben,** enthält eine Minderung der durch §§ 2374, 2375 ihm auferlegten Herausgabe- und Ersatzpflicht.

2. **Lasten** (§ 103) **und Zinsen** bleiben auf dem Verkäufer, obwohl sie als Nachlaßverbindlichkeiten gemäß § 2378 vom Käufer zu tragen wären.

3. **Abgaben** (insbesondere Erbschaftssteuer) und **außerordentliche Lasten** vgl. § 2126 A 1. — Beim Verkauf eines Erbteils gehen Nutzungen und Lasten in dem als Ergebnis der Auseinandersetzung ermittelten Überschuß unter (§ 2047 A 1). Für Anwendung des § 2379 bleibt deshalb regelmäßig kein Raum. Doch bleiben vor Kaufschluß bereits verteilte Reinerträge (§ 2038 A 6) dem Verkäufer.

§ 2380

Der Käufer trägt von dem Abschlusse des Kaufes an die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände. Von diesem Zeitpunkt an gebühren ihm die Nutzungen und trägt er die Lasten[1]).

E I 494, 495 Satz 1 II 456 M 2, 359, 360 P 2, 122, 123.

1. Von § 446 Abs 1 nur insoweit abweichend, als nicht der Zeitpunkt der Übergabe, sondern derjenige des Kaufabschlusses maßgebend ist.

§ 2381

Der Käufer hat dem Verkäufer die notwendigen Verwendungen zu ersetzen, die der Verkäufer vor dem Verkauf auf die Erbschaft gemacht hat[1]).

Für andere vor dem Verkaufe gemachte Aufwendungen hat der Käufer insoweit Ersatz zu leisten, als durch sie der Wert der Erbschaft zur Zeit des Verkaufs erhöht ist[2]).

E I 496 II 457 M 2, 361, 362 P 2, 124—126; 6, 182.

1. Ergänzende Vorschrift. **Notwendige Verwendungen** (§ 994 A 1). Hierzu gehören auch die gewöhnlichen Erhaltungskosten. Auch diese sind dem Verkäufer, obwohl ihm die Nutzungen verbleiben (§ 2379), zu ersetzen, da die Bestimmung des § 994 Abs 1 Satz 2 auf

den Erbschaftskauf nicht übertragbar ist. Für die Notwendigkeit ist der Zeitpunkt der Verwendung maßgebend. Der Anspruch besteht auch, wenn die Sache zur Zeit des Kaufabschlusses untergegangen oder verschlechtert ist. Die gewöhnlichen Lasten (vgl. § 995 A 2) bleiben nach § 2379 A 2 auf dem Verkäufer liegen.

2. Ersatzanspruch wegen anderer, d. h. **nützlicher Verwendungen** übereinstimmend mit § 996 nur im Falle einer noch zur Zeit des Verkaufs vorhandenen Werterhöhung. Nach diesem Zeitpunkt gemachte Verwendungen kann der Verkäufer nach Maßgabe des § 450 ersetzt verlangen. Verwendungen auf die Erbschaft durch Erfüllung von Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2022 Abs 2) begründen den Ersatzanspruch des Verkäufers nach § 2378 Abs 2. Aufwendungen zur Gewinnung von Nutzungen trägt der Verkäufer als Nutzungsberechtigter (§ 2379 A 1). — Beim Verkauf eines Erbteils kommen Ersatzansprüche des verkaufenden Miterben gegen die übrigen Erben in Frage. Sie sind regelmäßig erst bei der Auseinandersetzung auszugleichen (§ 2046 A 1), können aber, wenn der Erbteil verkauft ist, vom Verkäufer gleich einem gewöhnlichen Nachlaßgläubiger gegen die Erbengemeinschaft, darunter auch den Erbteilskäufer, verfolgt werden. Da solche Ersatzansprüche nicht zum Erbteil gehören, haben sie ohne besondere Abrede nicht als mitverkauft zu gelten. Ist der Erbteil erst nach der Auseinandersetzung verkauft, so gilt die Regel des Abs 2.

§ 2382

Der Käufer haftet von dem Abschlusse des Kaufes an den Nachlaßgläubigern, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Verkäufers[1]). Dies gilt auch von den Verbindlichkeiten, zu deren Erfüllung der Käufer dem Verkäufer gegenüber nach den §§ 2378, 2379 nicht verpflichtet ist[2]).

Die Haftung des Käufers den Gläubigern gegenüber kann nicht durch Vereinbarung zwischen dem Käufer und dem Verkäufer ausgeschlossen oder beschränkt werden[3]).

E I 497 II 458 M 2, 362, 363 P 2, 126, 127.

1. Mit dem Kaufsabschlusse tritt (anders bei den Aktiven des Nachlasses § 2371 A 1) eine Gesamtnachfolge des Käufers in die **Nachlaßverbindlichkeiten** ein. Der **Käufer haftet** hierfür, wie beim Kauf eines Vermögens (§ 419), neben dem verkaufenden Erben als Gesamtschuldner (§§ 421 ff.), soweit er nicht durch förmliche Schuldübernahme gemäß §§ 414 ff. hiervon befreit ist. Der Käufer haftet überhaupt nicht, wenn der Verkäufer gar nicht Erbe war. Beschränkung der Haftung § 2383.

2. Der Käufer haftet Dritten gegenüber und unbeschränkbar (Abs 2) auch für Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilslasten (§§ 2378, 2376), sowie für die gewöhnlichen Lasten und die Zinsen der Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2379).

3. **Unwirksamkeit abweichender Vereinbarung** gegenüber den Nachlaßgläubigern (entsprechend § 419 Abs 3). — Beim Verkauf des Erbteils tritt der Käufer in die Gesamthaftung der Miterben gemäß §§ 2058—2063 ein (RG 60, 131). Erlöschen dieser Haftung infolge Ausübung des Vorkaufsrechtes § 2036 A 1.

§ 2383

Für die Haftung des Käufers gelten die Vorschriften über die Beschränkung der Haftung des Erben[1]). Er haftet unbeschränkt, soweit der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs unbeschränkt haftet[2]). Beschränkt sich die Haftung des Käufers auf die Erbschaft, so gelten seine Ansprüche aus dem Kaufe als zur Erbschaft gehörend[3]).

Die Errichtung des Inventars durch den Verkäufer oder den Käufer kommt auch dem andern Teile zustatten, es sei denn, daß dieser unbeschränkt haftet[4]).

E I 498 II 459 M 2, 363—365 P 2, 127—129.

1. **Haftung des Käufers** neben dem Verkäufer als Gesamtschuldner (§ 2382 A 1). Beide sind selbständig, jeder für sich und grundsätzlich ohne Wirkung für oder gegen den andern befähigt, das **Recht der beschränkten Haftung** geltend zu machen oder dieses Rechtes verlustig zu gehen (Bem vor § 1967). a) Aufgebot der Nachlaßgläubiger §§ 1970—1973: Beide sind antragsberechtigt, das vor oder nach Kaufschluß erwirkte Ausschlußurteil kommt auch dem andern Teil zugute (ZPO § 1000). Für das Verweigerungsrecht (§ 1973 Abs 1) auch des Verkäufers ist der jeweilige Umfang des nunmehr in der Hand

des Käufers befindlichen Nachlasses maßgebend. Die Bereicherung (§ 1973 A 8) kann auf Seiten des Verkäufers nur im Kaufpreis, in gezogenen Nutzungen (§ 2379), Verwendungsansprüchen, soweit sie nicht zum Ausgleich der Verwendungen dienen (§ 2381) und im Verbrauch ohne Ersatzpflicht bestehen (§ 2375 A 3). Auf seiten des Käufers mindert der gezahlte oder geschuldete Kaufpreis den Betrag seiner Bereicherung. b) Ablauf der Fünfjahrsfrist § 1974: Rechtzeitige Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Verkäufer wirkt, wenn sie vor Kaufabschluß erfolgt, auch gegen den Käufer. Nach Kaufabschluß wirkt sie nur gegen den, dem gegenüber sie vorgenommen ist. c) Nachlaßkonkurs §§ 1975 ff. Nach Kaufschluß kann formell („in Ansehung des Verfahrens") nur der Käufer, niemals der Verkäufer Gemeinschuldner werden, nur unter besonderen Voraussetzungen ist auch der Verkäufer antragsberechtigt (KO § 232 Abs 1, 2). Der Konkurs ergreift jedoch den gesamten Nachlaß (s. auch A 3), somit auch die noch in der Hand des Verkäufers befindlichen Nachlaßgegenstände (KO §§ 1, 118), und auch die vom oder gegen den Verkäufer vorgenommenen Rechtshandlungen sind nach KO §§ 7, 8 unwirksam. Auch ihm gegenüber dauern die Wirkungen der §§ 1976, 1977 fort (Konfusion, Aufrechnung), ebenso seine Verantwortung gegenüber den Nachlaßgläubigern aus §§ 1978—1980 neben derjenigen des Käufers, die mit Kaufschluß beginnt. Unter Umständen kann schon die Tatsache des Verkaufs die Verantwortung des Verkäufers aus § 1978, zugleich für Verschleuderungen des Käufers begründen. Während der Dauer des Nachlaßkonkurses sind beide durch ZPO §§ 784, 785 gegen Inanspruchnahme ihres eigenen Vermögens geschützt. d) Nachlaßverwaltung §§ 1975 ff. Ihre Anordnung zu beantragen steht dem Käufer unbeschränkt zu. Das gleiche Recht muß auch dem Verkäufer und zwar nicht bloß soweit er Nachlaßgläubiger sein sollte (§ 1981 A 2), sondern auch, wiewohl unter entsprechender Einschränkung gemäß KO § 232 Abs 2, als Mittel zugestanden werden, sich die durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Käufers gefährdete beschränkte Haftung für die auch von ihm weiter zu vertretenden Nachlaßverbindlichkeiten zu sichern (a. M. Dernburg V § 192 A 6). Im übrigen gilt das zu c) Gesagte. Verkauf der Erbschaft durch den Konkurs- oder Nachlaßverwalter ist nicht Erbschaftskauf im Sinne des § 2371, sondern nach allgemeinen Kaufgrundsätzen zu beurteilen. e) Unzulänglichkeitseinrede §§ 1990—1992. Sie steht dem Verkäufer wie dem Käufer zu. Doch können sich beide nur durch Herausgabe des eigentlichen Nachlasses (§ 1990 A 4), der Verkäufer also nicht durch Herausgabe des Kaufpreises oder der ihm sonst gegen den Käufer zustehenden Ansprüche befreien. Ebensowenig kann der Käufer den gezahlten Kaufpreis als Aufwendung in Rechnung stellen (§ 1991 A 1). Das Einlösungsrecht steht beiden zu (§ 1992 A 4). f) Inventarerrichtung §§ 1993 ff. Die Inventarfrist kann auch nach Kaufschluß sowohl dem Erben wie dem Käufer gesetzt werden. Abgesehen von Abs 2 bestimmen sich Fristenlauf, Versäumnisfolge, Nachteile mangelhafter Errichtung, Eidesverweigerung jedem Teile gegenüber durchaus selbständig. Ebenso wirkt der Mangel des Vorbehalts im Urteile nur gegen den Verurteilten (ZPO § 780). g) Aufschiebende Einreden §§ 2014, 2015, ZPO § 782. Sie stehen beiden Teilen zu, die Frist läuft auch dem Käufer von Annahme der Erbschaft und endet mit der Inventarserrichtung, gleichviel von wem sie ausgeht. Der Antrag des einen auf Erlaß des Aufgebots kommt auch dem andern zustatten (ZPO § 1000). h) Verkauf eines Erbteils. Ist er gemäß § 2033 vom Verkäufer dem Käufer übertragen, so gelten für beide, als wenn sie Miterben wären, die Grundsätze der §§ 2058—2062. Der beschränkt haftende Verkäufer kann jedoch, da er keinen Anteil mehr am Nachlasse hat, bis zur Teilung jede Befriedigung aus seinem Vermögen verweigern (§ 2059 Abs 1). Nach Ausübung des Vorkaufsrechtes wird der Käufer gemäß § 2036 von jeder Haftung frei.

2. **Unbeschränkte Haftung des Verkäufers** zur Zeit des Kaufschlusses läßt **auch den Käufer**, unbeschadet seiner Ersatzansprüche gegen den Verkäufer aus § 2376 A 5, den Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar werden. Dagegen berührt es den Käufer nicht, wenn die unbeschränkte Haftung des Verkäufers erst nach Kaufschluß eintritt.

3. **Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer** (§§ 2374—2377) begründen an sich Eigenverbindlichkeiten des letzteren, können aber, entsprechend dem § 1978 (A 4) während der Dauer der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses nur vom Verwalter gegen den Verkäufer geltend gemacht werden, wenn dieser beschränkt haftet.

4. **Inventar** s. A 1, f. Vorausgesetzt ist ordnungsmäßige Errichtung. Das ungetreue Inventar (§ 2005) macht nicht nur den Errichtenden, sondern, wenn inzwischen die auch ihm gesetzte Inventarfrist verstrichen ist, auch den andern Teil der beschränkten Haftung verlustig.

§ 2384

Der Verkäufer ist den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet, den Verkauf der Erbschaft und den Namen des Käufers unverzüglich dem Nach-

laßgericht anzuzeigen. Die Anzeige des Verkäufers wird durch die Anzeige des Käufers ersetzt.

Das Nachlaßgericht hat die Einsicht der Anzeige jedem zu gestatten der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht[1]).

E II 460 P 2, 129.

1. **Anzeigepflicht des Verkäufers** entsprechend der des Vorerben bei Eintritt der Nacherbfolge. Vgl. § 2146.

§ 2385

Die Vorschriften über den Erbschaftskauf finden entsprechende Anwendung auf den Kauf einer von dem Verkäufer durch Vertrag erworbenen Erbschaft[1]) sowie auf andere Verträge, die auf die Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind[2]).

Im Falle einer Schenkung ist der Schenker nicht verpflichtet, für die vor der Schenkung verbrauchten oder unentgeltlich veräußerten Erbschaftsgegenstände oder für eine vor der Schenkung unentgeltlich vorgenommene Belastung dieser Gegenstände Ersatz zu leisten[3]). Die im § 2376 bestimmte Verpflichtung zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte trifft den Schenker nicht; hat der Schenker den Mangel arglistig verschwiegen, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen[4]).

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Neues Palais, den 18. August 1896

(L. S.) **Wilhelm**

Fürst zu Hohenlohe

E I 500 II 461 M 2, 365, 366 P 2, 129, 130; 6, 182, 183.

1. Durch **Weiterverkauf der Erbschaft** oder Weiterveräußerung (A 2) entstehen unmittelbare Rechtsbeziehungen nur zwischen dem jeweiligen Verkäufer und Käufer. Der Umfang der Herausgabepflicht einschließlich der Surrogate bestimmt sich nach der Zeit des zweiten und folgenden Verkaufs (§ 2374 A 1), doch haftet der spätere Verkäufer auch für Wertsverminderungen des Nachlasses durch seine Rechtsvorgänger (§ 2375) und neben der Gewährleistung des § 2376 zugleich dafür, daß sein eigenes Recht an der Erbschaft frei von Mängeln ist. Die weiterverkaufte Erbschaft ist durch Vertrag erworben schon mit dem Abschlusse des betreffenden Vertrags, auch wenn er einen gemäß § 2033 noch zu übertragenden Erbteil zum Gegenstand hat. War der erste Vertrag durch Herausgabe der Erbschaftsgegenstände noch nicht erfüllt, so ist der spätere Verkäufer seinem Abkäufer gleichwohl selbst herausgabepflichtig, wenn nicht gewollt ist, daß er sich hiervon durch Abtretung des Herausgabeanspruchs an den vorgehenden Verkäufer befreien dürfe. Den Nachlaßgläubigern werden und bleiben gemäß §§ 2382, 2383 neben dem Erben auch alle späteren Erwerber der Erbschaft gesamtschuldnerisch verhaftet (vgl. auch KO § 233).

2. **Andere Veräußerungsverträge** wie Tausch, Hingabe an Erfüllungs Statt, Schenkung (Abs 2), Vergleich, insbesondere wenn er unter streitenden Erbprätendenten über Überlassung der Erbschaft an den in Wahrheit nicht Erbberechtigten geschlossen wird, vgl. § 2371 A 3.

3. **Beschränkte Verpflichtung des Schenkers** gegenüber § 2375.

4. **Haftung für Arglist** (RG 55, 214) entsprechend § 523 Abs 1. Auch die Schenkung der Erbschaft erfordert nach § 2371 Beurkundung der beiderseitigen Willenserklärungen. Bloße Beurkundung des Schenkungsversprechens nach § 518 Abs 1 genügt nicht, der Mangel wird auch nicht nach Abs 2 durch Herausgabe der Erbschaftsgegenstände geheilt, da sich hierin die Leistung des Schenkers einer Erbschaft nicht erschöpft. Wohl aber, wenn ein Erbteil verschenkt ist, durch Verfügung gemäß § 2033 (s. A 4). Wird die Schenkung nach §§ 812 oder 531, 527, 528 zurückgefordert, so liegt dem Schenker die Verpflichtung ob, den Beschenkten von den auf ihn übergegangenen Verpflichtungen, insbesondere von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten wieder zu befreien. Ausschlagung der Erbschaft zugunsten eines Dritten kann, muß aber nicht Schenkung sein (§ 1947 A 1).

Einführungsgesetz

zum

Bürgerlichen Gesetzbuche

vom 18. August 1896.

Reichs-Gesetzblatt 1896 S. 404 ff.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Erster Abschnitt

Allgemeine Vorschriften.

Art 1

Das Bürgerliche Gesetzbuch tritt am 1. Januar 1900 gleichzeitig mit einem Gesetze, betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung und der Konkursordnung, einem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, einer Grundbuchordnung und einem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kraft.

Art 2

Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

903 A 3.

Art 3

Soweit in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetze die Regelung den Landesgesetzen vorbehalten oder bestimmt ist, daß landesgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben oder erlassen werden können, bleiben die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft und können neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden.

Art 4

Soweit in Reichsgesetzen oder in Landesgesetzen auf Vorschriften verwiesen ist, welche durch das Bürgerliche Gesetzbuch oder durch dieses Gesetz außer Kraft gesetzt werden, treten an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder dieses Gesetzes.

Art 5

Als Bundesstaat im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes gilt auch das Reichsland Elsaß-Lothringen.

1936 A 2.

Art 6

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch Klage oder Widerklage ein Anspruch auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs geltend gemacht ist, wird die Verhandlung und Entscheidung letzter Instanz im Sinne des § 8 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze dem Reichsgerichte zugewiesen.

Art 7

Die Geschäftsfähigkeit einer Person wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person angehört.

Erwirbt ein Ausländer, der volljährig ist oder die rechtliche Stellung eines Volljährigen hat, die Reichsangehörigkeit, so behält er die rechtliche Stellung eines Volljährigen, auch wenn er nach den deutschen Gesetzen nicht volljährig ist.

Nimmt ein Ausländer im Inland ein Rechtsgeschäft vor, für das er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so gilt er für dieses Rechtsgeschäft insoweit als geschäftsfähig, als er nach den deutschen Gesetzen geschäftsfähig sein würde. Auf familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsgeschäfte, sowie auf Rechtsgeschäfte, durch die über ein ausländisches Grundstück verfügt wird, findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Vorbem 6 vor 1; 2; A 2, Vorbem 11 vor 104; 104 A 9; 106 A 1; Vorbem 6 vor 1616; Vorbem vor 2229.

Art 8

Ein Ausländer kann im Inlande nach den deutschen Gesetzen entmündigt werden, wenn er seinen Wohnsitz oder, falls er keinen Wohnsitz hat, seinen Aufenthalt im Inlande hat.

Vorbem 6 vor 1; 6 A 7; 1405 A 12; Vorbem 6 vor 1773.

Art 9

Ein Verschollener kann im Inlande nach den deutschen Gesetzen für tot erklärt werden, wenn er bei dem Beginne der Verschollenheit ein Deutscher war.

Gehörte der Verschollene bei dem Beginne der Verschollenheit einem fremden Staate an, so kann er im Inlande nach den deutschen Gesetzen mit Wirkung für diejenigen Rechtsverhältnisse, welche sich nach den deutschen Gesetzen bestimmen, sowie mit Wirkung für das im Inlande befindliche Vermögen für tot erklärt werden; die Vorschriften des § 2369 Abs 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

Hatte ein verschollener ausländischer Ehemann seinen letzten Wohnsitz im Inland und ist die im Inlande zurückgebliebene oder dahin zurückgekehrte Ehefrau Deutsche oder bis zu ihrer Verheiratung mit dem Verschollenen Deutsche gewesen, so kann auf ihren Antrag der Verschollene im Inlande nach den deutschen Gesetzen ohne die im Abs 2 bestimmte Beschränkung für tot erklärt werden.

Vorbem 6 vor 1; 13 A 3; 1348 A 2.

Art 10

Ein einem fremden Staate angehörender und nach dessen Gesetzen rechtsfähiger Verein, der die Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach den Vorschriften der §§ 21, 22 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erlangen könnte, gilt als rechtsfähig, wenn seine Rechtsfähigkeit durch Beschluß des Bundesrats anerkannt ist. Auf nicht anerkannte ausländische Vereine der bezeichneten Art finden die Vorschriften über die Gesellschaft sowie die Vorschrift des § 54 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

Vorbem 4 vor 21; 24 A 1; Vorbem 1 vor 705.

Art 11

Die Form eines Rechtsgeschäfts bestimmt sich nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend sind. Es genügt jedoch die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird.

Die Vorschrift des Abs 1 Satz 2 findet keine Anwendung auf ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird.

125 A 7; Vorbem 3 vor 145; Vorbem 4 vor 535; 765 A 1; 766 A 1; Vorbem 2 vor 1741; Vorbem 1 vor 1922; Vorbem vor 2229; 2251 A 2.

Art 12

Aus einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind.

Vorbem 6 vor 1; 104 A 9; Vorbem 7 vor 823.

Art 13

Die Eingehung der Ehe wird, sofern auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden der Verlobten nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem er angehört. Das Gleiche gilt für Ausländer, die im Inland eine Ehe eingehen.

In Ansehung der Ehefrau eines nach Art 9 Abs 3 für tot erklärten Ausländers wird die Eingehung der Ehe nach den deutschen Gesetzen beurteilt.

Die Form einer Ehe die im Inlande geschlossen wird, bestimmt sich ausschließlich nach den deutschen Gesetzen.

Vorbem 6 vor 1; 104 A 9; 1348 A 2; Vorbem 3 vor 1591.

Art 14

Die persönlichen Rechtsbeziehungen deutscher Ehegatten zueinander werden nach den deutschen Gesetzen beurteilt, auch wenn die Ehegatten ihren Wohnsitz im Auslande haben.

Die deutschen Gesetze finden auch Anwendung, wenn der Mann die Reichsangehörigkeit verloren, die Frau sie aber behalten hat.

Vorbem 6 vor 1; 104 A 9; Vorbem 3 vor 1601; Vorbem 6 vor 1616.

Art 15

Das eheliche Güterrecht wird nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschließung ein Deutscher war.

Erwirbt der Ehemann nach der Eingehung der Ehe die Reichsangehörigkeit oder haben ausländische Ehegatten ihren Wohnsitz im Inlande, so sind für das eheliche Güterrecht die Gesetze des Staates maßgebend, dem der Mann zur Zeit der Eingehung der Ehe angehörte; die Ehegatten können jedoch einen Ehevertrag schließen, auch wenn er nach diesen Gesetzen unzulässig sein würde.

Vorbem 6 vor 1; 104 A 9; Vorbem 4 vor 1363; 1405 A 13; 1433 A 3.

Art 16

Haben ausländische Ehegatten oder Ehegatten, die nach der Eingehung der Ehe die Reichsangehörigkeit erwerben, den Wohnsitz im Inlande, so finden die Vorschriften des § 1435 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung; der ausländische gesetzliche Güterstand steht einem vertragsmäßigen gleich.

Die Vorschriften der §§ 1357, 1362, 1405 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden Anwendung, soweit sie Dritten günstiger sind als die ausländischen Gesetze.

Vorbem 6 vor 1; 104 A 9; 1405 A 13; 1558 A 3.

Art 17

Für die Scheidung der Ehe sind die Gesetze des Staates maßgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört.

Eine Tatsache, die sich ereignet hat, während der Mann einem anderen Staate angehörte, kann als Scheidungsgrund nur geltend gemacht werden, wenn die Tatsache auch nach den Gesetzen dieses Staates ein Scheidungsgrund oder ein Trennungsgrund ist.

Ist zur Zeit der Erhebung der Klage die Reichsangehörigkeit des Mannes erloschen, die Frau aber Deutsche, so finden die deutschen Gesetze Anwendung.

Auf Scheidung sowie auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inlande nur erkannt werden, wenn sowohl nach dem ausländischen Gesetze als nach den deutschen Gesetzen die Scheidung zulässig sein würde.

Vorbem 6 vor 1; 104 A 9; 1564 A 7.

Art 18

Die eheliche Abstammung eines Kindes wird nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Deutscher ist oder, falls er vor der Geburt des Kindes gestorben ist, zuletzt Deutscher war.

Vorbem 6 vor 1; 104 A 9; Vorbem 3 vor 1591.

Art 19

Das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kinde wird nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Vater und, falls der Vater gestorben ist, die Mutter die Reichsangehörigkeit besitzt. Das Gleiche gilt, wenn die Reichsangehörigkeit des Vaters oder der Mutter erloschen, die Reichsangehörigkeit des Kindes aber bestehen geblieben ist.

Vorbem 6 A 1; 104 A 9; Vorbem 3 vor 1601; Vorbem 6 vor 1616.

Art 20

Das Rechtsverhältnis zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Mutter wird nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn die Mutter eine Deutsche ist. Das Gleiche gilt, wenn die Reichsangehörigkeit der Mutter erloschen, die Reichsangehörigkeit des Kindes aber bestehen geblieben ist.

Vorbem 6 vor 1; 104 A 9; Vorbem 3 vor 1601; Vorbem 2 vor 1705.

Art 21

Die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem unehelichen Kinde und seine Verpflichtung, der Mutter die Kosten der Schwangerschaft, der Entbindung und des Unterhalts zu ersetzen, wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes angehört; es können jedoch nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind.

Vorbem 6 vor 1; 104 A 9; Vorbem 2 vor 1705.

Art 22

Die Legitimation eines unehelichen Kindes sowie die Annahme an Kindes Statt bestimmt sich, wenn der Vater zur Zeit der Legitimation oder der An-

nehmende zur Zeit der Annahme die Reichsangehörigkeit besitzt, nach den deutschen Gesetzen.

Gehört der Vater oder der Annehmende einem fremden Staate an, während das Kind die Reichsangehörigkeit besitzt, so ist die Legitimation oder die Annahme unwirksam, wenn die nach den deutschen Gesetzen erforderliche Einwilligung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnisse steht, nicht erfolgt ist.

Vorbem 6 vor 1; 104 A 9; Vorbem 2 vor 1705; Vorbem 2 vor 1741.

Art 23

Eine Vormundschaft oder eine Pflegschaft kann im Inland auch über einen Ausländer, sofern der Staat, dem er angehört, die Fürsorge nicht übernimmt, angeordnet werden, wenn der Ausländer nach den Gesetzen dieses Staates der Fürsorge bedarf oder im Inlande entmündigt ist.

Das deutsche Vormundschaftsgericht kann vorläufige Maßregeln treffen, so lange eine Vormundschaft oder Pflegschaft nicht angeordnet ist.

104 A 9; Vorbem 6 vor 1773; 1773 A 1; 1882 A 1; 1906 A 1.

Art 24

Ein Deutscher wird, auch wenn er seinen Wohnsitz im Auslande hatte, nach den deutschen Gesetzen beerbt.

Hat ein Deutscher zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Auslande gehabt, so können die Erben sich in Ansehung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auch auf die an dem Wohnsitze des Erblassers geltenden Gesetze berufen.

Erwirbt ein Ausländer, der eine Verfügung von Todes wegen errichtet oder aufgehoben hat, die Reichsangehörigkeit, so wird die Gültigkeit der Errichtung oder der Aufhebung nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem er zur Zeit der Errichtung oder der Aufhebung angehörte; auch behält er die Fähigkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen, selbst wenn er das nach den deutschen Gesetzen erforderliche Alter noch nicht erreicht hat. Die Vorschrift des Artikel 11 Abs 1 Satz 2 bleibt unberührt.

Vorbem 6 vor 1; 1 A 3; 104 A 9; Vorbem 1 vor 1922; Vorbem vor 2229; 2354 A 2.

Art 25

Ein Ausländer, der zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inlande hatte, wird nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte. Ein Deutscher kann jedoch erbrechtliche Ansprüche auch dann geltend machen, wenn sie nur nach den deutschen Gesetzen begründet sind, es sei denn, daß nach dem Rechte des Staates, dem der Erblasser angehörte, für die Beerbung eines Deutschen, welcher seinen Wohnsitz in diesem Staate hatte, die deutschen Gesetze ausschließlich maßgebend sind.

Vorbem 6 vor 1; 1 A 3; 104 A 9; Vorbem 1 vor 1922; 2369 A 1.

Art 26

Gelangt aus einem im Ausland eröffneten Nachlasse für die nach den dortigen Gesetzen berechtigten Erben oder Vermächtnisnehmer durch Vermittelung deutscher Behörden Vermögen ins Inland, so kann ein anderer, der Herausgabe nicht aus dem Grunde widersprechen, daß er als Erbe oder Vermächtnisnehmer einen Anspruch auf das Vermögen habe.

104 A 9; Vorbem 1 vor 1922.

Art 27

Sind nach dem Rechte eines fremden Staates, dessen Gesetze in dem Art 7 Abs 1, dem Art 13 Abs 1, dem Art 15 Abs 2, dem Art 17 Abs 1 und dem Art 25 für maßgebend erklärt sind, die deutschen Gesetze anzuwenden, so finden diese Gesetze Anwendung.

104 A 9; 106 A 1; 1564 A 7; Vorbem 6 vor 1616; Vorbem 1 vor 1922.

Art 28

Die Vorschriften der Artt 15, 19, des Art 24 Abs 1 und der Artt 25, 27 finden keine Anwendung auf Gegenstände, die sich nicht in dem Gebiete des Staates befinden, dessen Gesetze nach jenen Vorschriften maßgebend sind, und die nach den Gesetzen des Staates, in dessen Gebiete sie sich befinden, besonderen Vorschriften unterliegen.

Vorbem 6 vor 1; 104 A 9; Vorbem 1 vor 1922; 1936 A 2.

Art 29

Gehört eine Person keinem Staate an, so werden ihre Rechtsverhältnisse, soweit die Gesetze des Staates, dem eine Person angehört, für maßgebend erklärt sind, nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person zuletzt angehört hat, und, wenn sie auch früher einem Staate nicht angehört hat, nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie ihren Wohnsitz und in Ermangelung eines Wohnsitzes ihren Aufenthalt hat oder zu der maßgebenden Zeit gehabt hat.

Vorbem 6 vor 1; 106 A 1; 1564 A 7; Vorbem 3 vor 1591; Vorbem 1 vor 1922; 1936 A 2.

Art 30

Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde.

Vorbem 6 vor 1; 1 A 1; 104 A 9; Vorbem 4 vor 535; 762 A 7; Vorbem 7 vor 823; 1564 A 7; Vorbem 1 vor 1922.

Art 31

Unter Zustimmung des Bundesrats kann durch Anordnung des Reichskanzlers bestimmt werden, daß gegen einen ausländischen Staat sowie dessen Angehörige und ihre Rechtsnachfolger ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht wird.

Vorbem 6 vor 1; Vorbem 1 vor 1922.

Zweiter Abschnitt

Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen

Art 32

Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit außer Kraft, als sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder aus diesem Gesetze die Aufhebung ergibt.

Vorbem 2 vor 823; 2237 A 1.

Art 33

Soweit in dem Gerichtsverfassungsgesetze, der Zivilprozeßordnung, der Strafprozeßordnung, der Konkursordnung und in dem Gesetze, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurs-

verfahrens, vom 21. Juli 1879 (Reichs-Gesetzbl. S. 277) an die Verwandtschaft oder die Schwägerschaft rechtliche Folgen geknüpft sind, finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Verwandtschaft oder Schwägerschaft Anwendung.

Art 34

Das Strafgesetzbuch wird dahin geändert:

I. Im § 34 Nr 6 werden die Worte: „Vormund, Nebenvormund, Kurator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienrats" ersetzt durch die Worte:

„Vormund, Gegenvormund, Pfleger, Beistand der Mutter, Mitglied eines Familienrats oder Kurator".

II. An die Stelle des § 55 treten folgende Vorschriften:

Wer bei Begehung der Handlung das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden. Gegen denselben können jedoch nach Maßgabe der landesgesetzlichen Vorschriften die zur Besserung und Beaufsichtigung geeigneten Maßregeln getroffen werden. Die Unterbringung in eine Familie, Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt kann nur erfolgen, nachdem durch Beschluß des Vormundschaftsgerichtes die Begehung der Handlung festgestellt und die Unterbringung für zulässig erklärt ist.

III. An die Stelle des § 65 treten folgende Vorschriften:

Der Verletzte, welcher das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist selbständig zu dem Antrage auf Bestrafung berechtigt. Solange er minderjährig ist, hat unabhängig von seiner eigenen Befugnis auch sein gesetzlicher Vertreter das Recht, den Antrag zu stellen.

Ist der Verletzte geschäftsunfähig oder hat er das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, so ist sein gesetzlicher Vertreter der zur Stellung des Antrages Berechtigte.

IV. Als § 145a wird folgende Vorschrift eingestellt:

Wer im Inlande Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, ohne die erforderliche staatliche Genehmigung ausstellt und in den Verkehr bringt, wird mit einer Geldstrafe bestraft, die dem fünften Teile des Nennwerts der ausgegebenen Schuldverschreibungen gleichkommen kann, mindestens aber dreihundert Mark beträgt.

V. Im § 171 Abs 1 und Abs 3 werden die Worte: „aufgelöst für ungültig, oder nichtig erklärt worden ist", ersetzt durch die Worte:

„aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist".

VI. An die Stelle des § 195 tritt folgende Vorschrift:

Ist eine Ehefrau beleidigt worden, so hat sowohl sie als ihr Ehemann das Recht, auf Bestrafung anzutragen.

VII. Im § 235 werden die Worte: „ihren Eltern oder ihrem Vormunde" ersetzt durch die Worte:

„ihren Eltern, ihrem Vormunde oder ihrem Pfleger".

VIII. Im § 237 werden die Worte: „ihrer Eltern oder ihres Vormundes" ersetzt durch die Worte:

„ihrer Eltern, ihres Vormundes oder ihres Pflegers".

IX. Im § 238 werden die Worte: „für ungültig erklärt worden ist" ersetzt durch die Worte:

„für nichtig erklärt worden ist".

795 A 3; 1326 A 5; 1335 A 7.

Art 35

Die Strafprozeßordnung wird dahin geändert:

I. Im § 11 Abs 1 treten an die Stelle der Sätze 2, 3 folgende Vorschriften:

In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes gilt die Hauptstadt des Heimatstaats als ihr Wohnsitz; ist die Hauptstadt in mehrere Gerichtsbezirke geteilt, so wird der als Wohnsitz geltende Bezirk von der Landesjustizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt. Gehört ein Deutscher einem Bundesstaate nicht an, so gilt als sein Wohnsitz die Stadt Berlin; ist die Stadt Berlin in mehrere Gerichtsbezirke geteilt, so wird der als Wohnsitz geltende Bezirk von dem Reichskanzler durch allgemeine Anordnung bestimmt.

II. An die Stelle des § 149 Abs 2 tritt folgende Vorschrift:

Dasselbe gilt von dem gesetzlichen Vertreter eines Angeklagten.

Art 36

Die Gewerbeordnung wird dahin geändert:

I. Der § 11 Abs 2 fällt weg; als § 11a werden folgende Vorschriften eingestellt:

Betreibt eine Ehefrau, für deren güterrechtliche Verhältnisse ausländische Gesetze maßgebend sind, im Inlande selbständig ein Gewerbe, so ist es auf ihre Geschäftsfähigkeit in Angelegenheiten des Gewerbes ohne Einfluß, daß sie Ehefrau ist.

Soweit die Frau infolge des Güterstandes in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt ist, finden die Vorschriften des § 1405 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung. Hat die Frau ihren Wohnsitz nicht im Inlande, so ist der Einspruch des Mannes gegen den Betrieb des Gewerbes und der Widerruf der erteilten Einwilligung in das Güterrechtsregister des Bezirks einzutragen, in welchem das Gewerbe betrieben wird.

Betreibt die Frau das Gewerbe mit Einwilligung des Mannes oder gilt die Einwilligung nach § 1405 Abs 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs als erteilt, so haftet für die Verbindlichkeiten der Frau aus dem Gewerbebetriebe ihr Vermögen ohne Rücksicht auf die dem Manne kraft des Güterstandes zustehenden Rechte; im Falle des Bestehens einer ehelichen Gütergemeinschaft haftet auch das gemeinschaftliche Vermögen.

II. Im § 107 Abs 1 werden

1. im Satz 4 die Worte: „an den Vater oder Vormund, sofern diese es verlangen", ersetzt durch die Worte:

„an den gesetzlichen Vertreter, sofern dieser es verlangt",

2. im Satz 5 die Worte: „an die Mutter" ersetzt durch die Worte:

an die zur gesetzlichen Vertretung nicht berechtigte Mutter".

III. Im § 108 treten an die Stelle des Satz 2 folgende Vorschriften:

Die Ausstellung erfolgt auf Antrag oder mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Ist die Erklärung des gesetzlichen Vertreters nicht zu beschaffen oder verweigert dieser die Zustimmung ohne genügenden Grund und zum Nachteile des Arbeiters, so kann die Gemeindebehörde die Zustimmung ergänzen.

IV. Im § 110 Abs 1 werden die Worte: „seines Vaters oder Vormunds" ersetzt durch die Worte:

„seines gesetzlichen Vertreters".

V. Im § 113 tritt an die Stelle des Abs 4 folgende Vorschrift:

Ist der Arbeiter minderjährig, so kann das Zeugnis von dem gesetzlichen Vertreter gefordert werden. Dieser kann verlangen, daß das Zeugnis an ihn, nicht an den Minderjährigen ausgehändigt werde. Mit Genehmigung der Gemeindebehörde des im § 108 bezeichneten Ortes kann auch gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters die Aushändigung unmittelbar an den Arbeiter erfolgen.

VI. Im § 131 Abs 1 Satz 1 werden die Worte: „von dem Vater oder Vormunde" ersetzt durch die Worte:

„von dem gesetzlichen Vertreter".

VII. Im § 133 Abs 2 Satz 1 werden die Worte: „der Vater des Lehrlings" ersetzt durch die Worte:

„der Vater des Lehrlings, sofern er die Sorge für die Person des Lehrlings hat".

Vorbem 2 a vor 611; 1558 A 3.

Art 37

Der § 2 des Gesetzes über die Freizügigkeit vom 1. November 1867 (Bundes-Gesetzbl. S. 55) wird dahin geändert:

Wer die aus der Reichsangehörigkeit folgenden Befugnisse in Anspruch nimmt, hat auf Verlangen den Nachweis seiner Reichsangehörigkeit und, sofern er unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, den Nachweis der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zu erbringen.

Eine Ehefrau bedarf der Genehmigung des Ehemanns.

Art 38

Das Gesetz, betreffend die Organisation der Bundeskonsulate, sowie die Amtsrechte und Pflichten der Bundeskonsuln, vom 8. November 1867 (Bundes-Gesetzbl. S. 137) wird dahin ergänzt:

I. Der § 16 erhält folgenden Abs 2:

Einem Wahlkonsul steht in Ansehung der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen das im Abs 1 bezeichnete Recht der Notare nur dann zu, wenn das Recht ihm von dem Reichskanzler besonders beigelegt ist.

II. Als § 17a wird folgende Vorschrift eingestellt:

Auf die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen finden nicht die Vorschriften des § 17, sondern die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

Vorbem 2 vor 1922; Vorbem vor 2229.

Art 39

Das Gesetz, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, vom 14. November 1867 (Bundes-Gesetzbl. S. 159) wird aufgehoben.

Art 40

Das Gesetz, betreffend die Eheschließung und die Beurkundung des Personenstandes von Bundesangehörigen im Auslande, vom 4. Mai 1870 (Bundes-Gesetzbl. S. 599) wird dahin geändert:

I. In dem § 3 Abs 1 Satz 1, dem § 9, dem § 11 Abs 2 und dem § 12 Abs 1 Satz 2 wird das Wort: „muß" ersetzt durch das Wort: „soll".

II. An die Stelle der §§ 7, 8 treten folgende Vorschriften:

§ 7

Die Ehe wird dadurch geschlossen, daß die Verlobten vor dem Beamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Der Beamte muß zur Entgegennahme der Erklärungen bereit sein.

Die Erklärungen können nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben werden.

§ 7a

Der Beamte soll bei der Eheschließung in Gegenwart von zwei Zeugen an die Verlobten einzeln und nacheinander die Frage richten, ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen, und, nachdem die Verlobten die Frage bejaht haben, aussprechen, daß sie kraft dieses Gesetzes nunmehr rechtsmäßig verbundene Eheleute seien.

Als Zeugen sollen Personen, die der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt sind, während der Zeit, für welche die Aberkennung der Ehrenrechte erfolgt ist, sowie Minderjährige nicht zugezogen werden. Personen, die mit einem der Verlobten, mit dem Beamten oder miteinander verwandt oder verschwägert sind, dürfen als Zeugen zugezogen werden.

§ 8

Als zur Eheschließung ermächtigter Beamter (§ 1) gilt auch derjenige, welcher, ohne ein solcher Beamter zu sein, das Amt eines solchen öffentlich ausübt, es sei denn, daß die Verlobten den Mangel der amtlichen Befugnis bei der Eheschließung kennen.

§ 8a

Eine Ehe, die vor einem zur Eheschließung ermächtigten Beamten (§ 1) oder vor einer im § 8 einem solchen Beamten gleichgestellten Person geschlossen wird, ist wegen Formmangels nur dann nichtig, wenn bei der Eheschließung die im § 7 vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden ist.

Ist die Ehe in das Heiratsregister eingetragen worden und haben die Ehegatten nach der Eheschließung zehn Jahre oder, falls einer von ihnen vorher gestorben ist, bis zu dessen Tode, jedoch mindestens drei Jahre als Ehegatten miteinander gelebt, so ist die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn bei dem Ablaufe der zehn Jahre oder zur Zeit des Todes des einen Ehegatten die Nichtigkeitsklage erhoben ist.

1318 A 9; 1319 A 3.

Art 41

Das Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 (Bundes-Gesetzbl. S. 355) wird dahin geändert:

I. An die Stelle des § 11 treten folgende Vorschriften:

Die Verleihung der Staatsangehörigkeit erstreckt sich, insofern nicht dabei eine Ausnahme gemacht wird, zugleich auf die Ehefrau und auf

diejenigen minderjährigen Kinder, deren gesetzliche Vertretung dem Aufgenommenen oder Naturalisierten kraft elterlicher Gewalt zusteht. Ausgenommen sind Töchter, die verheiratet sind oder verheiratet gewesen sind.

II. Als § 14a werden folgende Vorschriften eingestellt:

Die Entlassung eines Staatsangehörigen, der unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, kann von dem gesetzlichen Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beantragt werden.

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist nicht erforderlich, wenn der Vater oder die Mutter die Entlassung für sich und zugleich kraft elterlicher Gewalt für ein Kind beantragt. Erstreckt sich der Wirkungskreis eines der Mutter bestellten Beistandes auf die Sorge für die Person des Kindes, so bedarf die Mutter in einem solchen Falle der Genehmigung des Beistandes zu dem Antrag auf Entlassung des Kindes.

III. An die Stelle des § 19 treten folgende Vorschriften:

Die Entlassung erstreckt sich, insofern nicht dabei eine Ausnahme gemacht wird, zugleich auf die Ehefrau und auf diejenigen Kinder, deren gesetzliche Vertretung dem Entlassenen kraft elterlicher Gewalt zusteht.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf Töchter, die verheiratet sind oder verheiratet gewesen sind, sowie auf Kinder, die unter der elterlichen Gewalt der Mutter stehen, falls die Mutter zu dem Antrage auf Entlassung der Kinder nach § 14a Abs 2 Satz 2 der Genehmigung des Beistandes bedarf.

IV. An die Stelle des § 21 Abs 2 treten folgende Vorschriften:

Der hiernach eingetretene Verlust der Staatsangehörigkeit erstreckt sich zugleich auf die Ehefrau und auf diejenigen Kinder, deren gesetzliche Vertretung dem Ausgetretenen kraft elterlicher Gewalt zusteht, soweit sich die Ehefrau oder die Kinder bei dem Ausgetretenen befinden. Ausgenommen sind Töchter, die verheiratet sind oder verheiratet gewesen sind.

1320 A 6, 7; 1322 A 2; 1616 A 2; 1631 A 1; 1643 A 3; 1690 A 1; Vorbem 4 vor 1705; Vorbem 5 vor 1741; 1821 A 3; 1936 A 2.

Art 42

Das Gesetz, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersatze für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen, vom 7. Juni 1871 (Reichs-Gesetzbl. S. 207) wird dahin geändert:

I. An die Stelle des § 3 treten folgende Vorschriften:

§ 3

Im Falle der Tötung ist der Schadenersatz (§§ 1 und 2) durch Ersatz der Kosten einer versuchten Heilung sowie des Vermögensnachteils zu leisten, den der Getötete dadurch erlitten hat, daß während der Krankheit seine Erwerbsfähigkeit aufgehoben oder gemindert oder eine Vermehrung seiner Bedürfnisse eingetreten war. Der Ersatzpflichtige hat außerdem die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, dem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen.

Stand der Getötete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnisse, vermöge dessen er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem Dritten infolge der Tötung das Recht auf den Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten insoweit Schadenersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde. Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren war.

§ 3a

Im Falle einer Körperverletzung ist der Schadenersatz (§§ 1 und 2) durch Ersatz der Kosten der Heilung sowie des Vermögensnachteils zu leisten, den der Verletzte dadurch erleidet, daß infolge der Verletzung zeitweise oder dauernd seine Erwerbsfähigkeit aufgehoben oder gemindert oder eine Vermehrung seiner Bedürfnisse eingetreten ist.

II. Im § 5 werden die Worte: „der in den §§ 1 bis 3 enthaltenen Bestimmungen" ersetzt durch die Worte:

„der in den §§ 1 bis 3a enthaltenen Bestimmungen".

III. An die Stelle der §§ 7, 8, 9 treten folgende Vorschriften:

§ 7

Der Schadenersatz wegen Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit und wegen Vermehrung der Bedürfnisse des Verletzten sowie der nach § 3 Abs 2 einem Dritten zu gewährende Schadenersatz ist für die Zukunft durch Entrichtung einer Geldrente zu leisten.

Die Vorschriften des § 843 Abs 2 bis 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des § 648 Nr 6 der Zivilprozeßordnung finden entsprechende Anwendung. Das Gleiche gilt für die dem Verletzten zu entrichtende Geldrente von der Vorschrift des § 749 Abs 3 und für die dem Dritten zu entrichtende Geldrente von der Vorschrift des § 749 Abs 1 Nr 2 der Zivilprozeßordnung.

Ist bei der Verurteilung des Verpflichteten zur Entrichtung einer Geldrente nicht auf Sicherheitsleistung erkannt worden, so kann der Berechtigte gleichwohl Sicherheitsleistung verlangen, wenn die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten sich erheblich verschlechtert haben; unter der gleichen Voraussetzung kann er eine Erhöhung der in dem Urteile bestimmten Sicherheit verlangen.

§ 8

Die Forderungen auf Schadenersatz (§§ 1 bis 3a) verjähren in zwei Jahren von dem Unfall an. Gegen denjenigen, welchem der Getötete Unterhalt zu gewähren hatte (§ 3 Abs 2), beginnt die Verjährung mit dem Tode. Im übrigen finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung Anwendung.

§ 9

Die gesetzlichen Vorschriften, nach welchen außer den in diesem Gesetze vorgesehenen Fällen der Unternehmer einer in den §§ 1, 2 bezeichneten Anlage oder eine andere Person, insbesondere wegen eines eigenen Verschuldens, für den bei dem Betriebe der Anlage durch Tötung oder Körperverletzung eines Menschen entstandenen Schaden haftet, bleiben unberührt.

31 A 1; 760 A 1; 1968 A 1.

Art 43

Der § 6 Abs 2 des Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873 (Reichs-Gesetzbl. S. 61) wird aufgehoben.

Art 44

Die Vorschriften des § 44 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874 (Reichs-Gesetzbl. S. 45) finden entsprechende Anwendung auf Personen, die zur Besatzung eines in Dienst gestellten Schiffes der Kaiserlichen Marine gehören, solange das Schiff sich außerhalb eines inländischen Hafens befindet oder die Personen als Kriegsgefangene oder Geißeln in der Gewalt des Feindes sind, ingleichen auf andere an Bord eines solchen Schiffes genommene Personen, solange das Schiff sich außerhalb eines inländischen Hafens befindet und die Personen an Bord sind. Die Frist, mit deren Ablaufe die letztwillige Verfügung ihre Gültigkeit verliert, beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem das Schiff in einen inländischen Hafen zurückkehrt oder der Verfügende aufhört, zu dem Schiffe zu gehören, oder als Kriegsgefangener oder Geißel aus der Gewalt des Feindes entlassen wird. Den Schiffen stehen die sonstigen Fahrzeuge der Kaiserlichen Marine gleich.

Vorbem 2 vor 1922; Vorbem vor 2229; 2255 A 3; 2360 A 2.

Art 45

Der § 45 Abs 2 Satz 2 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874 (Reichs-Gesetzbl. S. 45) wird aufgehoben.

Art 46

Das Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 (Reichs-Gesetzbl. S. 23) wird dahin geändert:

I. Die §§ 28 bis 40, 42, 43, 51 bis 53 werden aufgehoben.

II. An die Stelle der §§ 41, 44, 50, 55 treten folgende Vorschriften:

§ 41

Für die Eheschließung sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend.

§ 44

Für die Anordnung des vor der Eheschließung zu erlassenden Aufgebots ist jeder Standesbeamte zuständig, vor dem nach § 1320 des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Ehe geschlossen werden darf.

§ 50

Der Standesbeamte soll ohne Aufgebot die Eheschließung nur vornehmen, wenn ihm ärztlich bescheinigt wird, daß die lebensgefährliche Erkrankung eines der Verlobten den Aufschub der Eheschließung nicht gestattet.

§ 55

Ist eine Ehe für nichtig erklärt, ist in einem Rechtsstreite, der die Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens einer Ehe zwischen den Parteien zum Gegenstande hat, das Nichtbestehen der Ehe festgestellt, ist eine Ehe vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst oder ist nach § 1575 des Bürgerlichen Gesetzbuchs die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so ist dies am Rande der über die Eheschließung bewirkten Eintragung zu bemerken.

Wird die eheliche Gemeinschaft nach der Aufhebung wiederhergestellt, so ist dies auf Antrag am Rande zu vermerken.

III. Der § 67 erhält folgenden Absatz 2:

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Geistliche oder der Religionsdiener im Falle einer lebensgefährlichen, einen Aufschub nicht gestattenden Erkrankung eines der Verlobten zu den religiösen Feierlichkeiten der Eheschließung schreitet.

IV. Im § 69 werden die Worte: „in diesem Gesetze" ersetzt durch die Worte: „in diesem Gesetze und in dem Bürgerlichen Gesetzbuche".

V. Im § 75 Abs 1 werden die Worte: „nach den Vorschriften dieses Gesetzes" ersetzt durch die Worte:

„nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs".

10 A 2; 1306 A 1; 1308 A 2; 1311 A 1; 1312 A 1; 1313 A 1; 1314 A 1; 1315 A 1; 1316 A 2, 4; 1317 A 1; 1318 A 1; 1320 A 2; 1321 A 1, 4; 1322 A 1; 1587 A 3.

Art 47

Der Art 3 des Gesetzes, betreffend den Wucher, vom 24. Mai 1880 (Reichs-Gesetzbl. S. 109) in der Fassung des Art 2 des Gesetzes, betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher, vom 19. Juni 1893 (Reichs-Gesetzbl. S. 197) wird aufgehoben.

138 A 3.

Art 48

Der § 16 Abs 2 des Gesetzes, betreffend die Fürsorge für die Witwen und Waisen der Reichsbeamten der Zivilverwaltung, vom 20. April 1881 (Reichs-Gesetzbl. S. 85) wird aufgehoben.

197 A 2.

Art 49

Der § 18 Abs 2 des Gesetzes, betreffend die Fürsorge für die Witwen und Waisen von Angehörigen des Reichsheeres und der Kaiserlichen Marine, vom 17. Juni 1887 (Reichs-Gesetzbl. S. 237) wird aufgehoben.

197 A 2.

Art 50

Der § 9 des Gesetzes, betreffend das Reichsschuldbuch, vom 31. Mai 1891 (Reichs-Gesetzbl. S. 321) wird dahin geändert:

Eine Ehefrau wird zu Anträgen ohne Zustimmung des Ehemannes zugelassen.

Die Ehefrau bedarf der Zustimmung des Ehemannes, wenn ein Vermerk zu dessen Gunsten eingetragen ist. Ein solcher Vermerk ist einzutragen, wenn die Ehefrau oder mit ihrer Zustimmung der Ehemann die Eintragung beantragt. Die Ehefrau ist dem Ehemanne gegenüber zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet, wenn sie nach dem unter ihnen bestehenden Güterstande über die Buchforderung nur mit Zustimmung des Ehemannes verfügen kann.

1393 A 1; 1395 A 4; 2117 A 1.

Art 51

Der § 8 Abs 2 des Gesetzes, betreffend die Fürsorge für die Witwen und Waisen der Personen des Soldatenstandes des Reichsheeres und der Kaiserlichen Marine vom Feldwebel abwärts, vom 13. Juni 1895 (Reichs-Gesetzbl. S. 261) wird aufgehoben.

197 A 2.

Art 52

Ist auf Grund eines Reichsgesetzes dem Eigentümer einer Sache wegen der im öffentlichen Interesse erfolgenden Entziehung, Beschädigung oder Benutzung der Sache oder wegen Beschränkung des Eigentums eine Entschädigung zu gewähren und steht einem Dritten ein Recht an der Sache zu, für welches nicht eine besondere Entschädigung gewährt wird, so hat der Dritte, soweit sein Recht beeinträchtigt wird, an dem Entschädigungsanspruche dieselben Rechte, die ihm im Falle des Erlöschens seines Rechtes durch Zwangsversteigerung an dem Erlöse zustehen.

903 A 3; 1030 A 2; 1105 A 1; 1120 A 1; 1127 A 4.

Art 53

Ist in einem Falle des Art 52 die Entschädigung dem Eigentümer eines Grundstücks zu gewähren, so finden auf den Entschädigungsanspruch die Vorschriften des § 1128 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Erhebt ein Berechtigter innerhalb der im § 1128 bestimmten Frist Widerspruch gegen die Zahlung der Entschädigung an den Eigentümer, so kann der Eigentümer und jeder Berechtigte die Eröffnung eines Verteilungsverfahrens nach den für die Verteilung des Erlöses im Falle der Zwangsversteigerung geltenden Vorschriften beantragen. Die Zahlung hat in diesem Falle an das für das Verteilungsverfahren zuständige Gericht zu erfolgen.

Ist das Recht des Dritten eine Reallast, eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld, so erlischt die Haftung des Entschädigungsanspruchs, wenn der beschädigte Gegenstand wiederhergestellt oder für die entzogene bewegliche Sache Ersatz beschafft ist. Ist die Entschädigung wegen Benutzung des Grundstücks oder wegen Entziehung oder Beschädigung von Früchten oder von Zubehörstücken zu gewähren, so finden die Vorschriften des § 1123 Abs 2 Satz 1 und des § 1124 Abs 1, 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

903 A 3; 1030 A 2; 1105 A 1; 1120 A 1; 1127 A 4.

Art 54

Die Vorschrift des § 36 Abs 4 des Gesetzes, betreffend die Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen, vom 21. Dezember 1871 Reichs-Gesetzbl. S. 459) wird durch die Vorschriften der Artt 52, 53 nicht berührt. Findet nach diesen Vorschriften ein Verteilungsverfahren statt, so ist die Entschädigung auf Ersuchen des für das Verfahren zuständigen Gerichts an dieses zu leisten, soweit sie zur Zeit der Stellung des Ersuchens noch aussteht.

Die Vorschrift des § 37 desselben Gesetzes wird dahin geändert:

> Ist das Grundstück mit einem Rechte belastet, welches durch die Beschränkung des Eigentums beeinträchtigt wird, so kann der Berechtigte bis zum Ablauf eines Monats, nachdem ihm der Eigentümer die Beschränkung des Eigentums mitgeteilt hat, die Eröffnung des Verteilungsverfahrens beantragen.

903 A 3; 1127 A 4.

Dritter Abschnitt.
Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Art 55

Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist.

Vorbem 2 vor 1; 90 A 1; 197 A 2; Vorbem 3 vor 823; 903 A 2; 1113 A 1.

Art 56

Unberührt bleiben die Bestimmungen der Staatsverträge, die ein Bundesstaat mit einem ausländischen Staate vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschlossen hat.

Vorbem vor 194.

Art 57

In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

Das Gleiche gilt in Ansehung der Mitglieder des vormaligen Hannoverschen Königshauses, des vormaligen Kurhessischen und des vormaligen Herzoglich Nassauischen Fürstenhauses.

106 A 1; 903 A 2; 916 A 3; 1316 A 4; 1355 A 5; Vorbem 2 vor 1363; 1577 A 11; Vorbem 2 vor 1591; Vorbem 8 vor 1773; Vorbem 2 vor 1922; 1924 A 2; Vorbem vor 2229; 2232 A 1; 2259 A 3.

Art 58

In Ansehung der Familienverhältnisse und der Güter derjenigen Häuser, welche vormals reichsständisch gewesen und seit 1806 mittelbar geworden sind oder welche diesen Häusern bezüglich der Familienverhältnisse und der Güter durch Beschluß der vormaligen deutschen Bundesversammlung oder vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch Landesgesetz gleichgestellt worden sind, bleiben die Vorschriften der Landesgesetze und nach Maßgabe der Landesgesetze die Vorschriften der Hausverfassungen unberührt.

Das Gleiche gilt zugunsten des vormaligen Reichsadels und derjenigen Familien des landsässigen Adels, welche vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem vormaligen Reichsadel durch Landesgesetz gleichgestellt worden sind.

106 A 1; 925 A 1; 1355 A 5; Vorbem 2 vor 1363; 1577 A 11; Vorbem 2 vor 1591; Vorbem 8 vor 1773; Vorbem 2 vor 1922; 1924 A 2; Vorbem vor 2229; 2232 A 1.

Art 59

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse und Lehen, mit Einschluß der allodifizierten Lehen, sowie über Stammgüter.

873 A 1; 892 A 11; 903 A 1; 925 A 1; Vorbem 2 vor 1591; Vorbem 4 vor 1705; Vorbem 8 vor 1773; Vorbem 2 vor 1922; 2109 A 1.

Art 60

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Bestellung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld an einem Grundstücke, dessen Belastung nach den in den Artt 57 bis 59 bezeichneten Vorschriften nur beschränkt

zulässig ist, dahin gestatten, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke lediglich im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann.

1113 A 1; 1147 A 2.

Art 61

Ist die Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes nach den in den Artt 57 bis 59 bezeichneten Vorschriften unzulässig oder nur beschränkt zulässig, so finden auf einen Erwerb, dem diese Vorschriften entgegenstehen, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung.

932 A 1; 892 A 11.

Art 62

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Rentengüter.

873 A 6; 883 A 2; 892 A 11; 903 A 1; 925 A 1; 1094 A 5; 1105 A 1; Vorbem 2 vor 1922.

Art 63

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das Erbpachtrecht, mit Einschluß des Büdnerrechts und des Häuslerrechts, in denjenigen Bundesstaaten, in welchen solche Rechte bestehen. Die Vorschriften des § 1017 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden auf diese Rechte entsprechende Anwendung.

Vorbem 4 vor 873; 873 A 7c; 874 A 4; 875 A 3; 876 A 1; 903 A 1, 2; 912 A 2; 916 A 3; 917 A 6; 919 A 2. 4; 925 A 1; 928 A 1; 985 A 1; 1012 A 1; 1015 A 3; 1017 A 4; 1018 A 2, 3; 1068 A 1; 1094 A 1; 1147 A 2; 1445 A 4; 1551 A 9; 1807 A 1; 1821 A 3; Vorbem 2 vor 1922; 2113 A 1.

Art 64

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das Anerbenrecht in Ansehung landwirtschaftlicher und forstwirtschaftlicher Grundstücke nebst deren Zubehör.

Die Landesgesetze können das Recht des Erblassers, über das dem Anerbenrecht unterliegende Grundstück von Todes wegen zu verfügen, nicht beschränken.

873 A 1, 6; 883 A 2; 892 A 11; 925 A 1; 1094 A 3; Vorbem 2 vor 1922; Vorbem vor 2229; 2312 A 4.

Art 65

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Wasserrecht angehören, mit Einschluß des Mühlenrechts, des Flötzrechts und des Flößereirechts, sowie der Vorschriften zur Beförderung der Bewässerung und Entwässerung der Grundstücke und der Vorschriften über Anlandungen, entstehende Inseln und verlassene Flußbetten.

Vorbem 5 vor 21; 90 A 1; 93 A 6; 741 A 4; 873 A 1, 6; 903 A 2, 3; 905 A 1; 906 A 8; 925 A 1; 960 A 4; 1012 A 1; 1018 A 2, 5; 1024 A 1; 1821 A 3; 2184 A 3.

Art 66

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Deich- und Sielrecht angehören.

Vorbem 5 vor 21; Vorbem vor 194; 903 A 3; 1018 A 5.

Art 67

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Bergrecht angehören.

Ist nach landesgesetzlicher Vorschrift wegen Beschädigung eines Grundstücks durch Bergbau eine Entschädigung zu gewähren, so finden die Vorschriften der Artt 52, 53 Anwendung, soweit nicht die Landesgesetze ein anderes bestimmen.

Vorbem 5 vor 21; Vorbem 2a vor 611; 741 A 4; 873 A 1, 6; 890 A 1; 892 A 2; 903 A 2, 3; 905 A 1; 906 A 1, 18; 925 A 1, 2; 1012 A 1; 1024 A 1; 1094 A 3; 1120 A 1; 1127 A 4; 1147 A 2; 1551 A 9; 1821 A 3.

Art 68

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit dem vererblichen und veräußerlichen Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals gestatten und den Inhalt dieses Rechtes näher bestimmen. Die Vorschriften der §§ 874, 875, 876, 1015, 1017 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

Vorbem 4 vor 873: 873 A 6, A 7c; 874 A 3; 876 A 1; 903 A 2; 916 A 3; 917 A 6; 919 A 2, 4; 925 A 1; 928 A 1; 1015 A 3; 1017 A 4; 1018 A 2, 3; 1024 A 1; 1068 A 1; 1094 A 1; 1147 A 2; 1445 A 4; 1551 A 9; 1807 A 1; 1821 A 3.

Art 69.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Jagd und Fischerei, unbeschadet der Vorschrift des § 958 Abs 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Ersatz des Wildschadens.

Vorbem 5 vor 21; Vorbem vor 194; Vorbem 3 vor 823; 835 A 1, 4; 873 A 6; 903 A 3; 958 A 4; 960 A 4; 1018 A 5; 1147 A 2; 1551 A 9.

Art 70

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Grundsätze, nach welchen der Wildschaden festzustellen ist, sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen der Anspruch auf Ersatz des Wildschadens innerhalb einer bestimmten Frist bei der zuständigen Behörde geltend gemacht werden muß.

Vorbem 3 vor 823; 835 A 1.

Art 71

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen

1. die Verpflichtung zum Ersatze des Wildschadens auch dann eintritt, wenn der Schaden durch jagdbare Tiere anderer als der im § 835 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Gattungen angerichtet wird;
2. für den Wildschaden, der durch ein aus einem Gehege ausgetretenes jagdbares Tier angerichtet wird, der Eigentümer oder der Besitzer des Geheges verantwortlich ist;
3. der Eigentümer eines Grundstücks, wenn das Jagdrecht auf einem anderen Grundstücke nur gemeinschaftlich mit dem Jagdrecht auf seinem Grundstück ausgeübt werden darf, für den auf dem anderen Grundstück angerichteten Wildschaden auch dann haftet, wenn er die ihm angebotene Pachtung der Jagd abgelehnt hat.
4. der Wildschaden, der an Gärten, Obstgärten, Weinbergen, Baumschulen und einzelstehenden Bäumen angerichtet wird, dann nicht zu ersetzen ist, wenn die Herstellung von Schutzvorrichtungen unterblieben ist, die unter gewöhnlichen Umständen zur Abwendung des Schadens ausreichen;
5. die Verpflichtung zum Schadensersatz im Falle des § 835 Abs 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs abweichend bestimmt wird;

6. die Gemeinde an Stelle der Eigentümer der zu einem Jagdbezirke vereinigten Grundstücke zum Ersatze des Wildschadens verpflichtet und zum Rückgriff auf die Eigentümer berechtigt ist oder an Stelle der Eigentümer oder des Verbandes der Eigentümer oder der Gemeinde oder neben ihnen der Jagdpächter zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist;
7. der zum Ersatze des Wildschadens Verpflichtete Erstattung des geleisteten Ersatzes von demjenigen verlangen kann, welcher in einem anderen Bezirke zur Ausübung der Jagd berechtigt ist.

Vorbem 3 vor 823; 835 A 1—3, 7—9.

Art 72

Besteht in Ansehung eines Grundstücks ein zeitlich nicht begrenztes Nutzungsrecht, so finden die Vorschriften des § 835 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verpflichtung zum Ersatze des Wildschadens mit der Maßgabe Anwendung, daß an die Stelle des Eigentümers der Nutzungsberechtigte tritt.

Vorbem 3 vor 823; 835 A 1, 6.

Art 73

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Regalien.

Vorbem vor 194; 873 A 6; 984 A 5.

Art 74

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Zwangsrechte, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen.

Vorbem vor 194; 873 A 6; 903 A 2; 1012 A 1; 1024 A 1; 1821 A 3.

Art 75

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Versicherungsrecht angehören, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuche besondere Bestimmungen getroffen sind.

Vorbem 5 vor 21; 1127 A 3; 1130 A 1.

Art 76

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Verlagsrecht angehören.

Vorbem 2 b vor 631.

Art 77

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände) für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Recht des Beschädigten, von dem Beamten den Ersatz eines solchen Schadens zu verlangen, insoweit ausschließen, als der Staat oder der Kommunalverband haftet.

89 A 3; 278 A 9; Vorbem 3 vor 823; 823 A 12; 839 A 1.

Art 78

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen die Beamten für die von ihnen angenommenen Stellvertreter und Gehilfen in weiterem Umfange als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche haften.

278 A 9; Vorbem 3 vor 823; 839 A 1.

Art 79

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen die zur amtlichen Feststellung des Wertes von Grundstücken bestellten Sachverständigen für den aus einer Verletzung ihrer Berufspflicht entstandenen Schaden in weiterem Umfange als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche haften.

Vorbem 3 vor 823.

Art 80

Unberührt bleiben, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine besondere Bestimmung getroffen ist, die landesgesetzlichen Vorschriften über die vermögensrechtlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten aus dem Amts- oder Dienstverhältnisse, mit Einschluß der Ansprüche der Hinterbliebenen.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das Pfründenrecht.

394 A 1; Vorbem 2b vor 611; Vorbem 3 vor 1030.

Art 81

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Übertragbarkeit der Ansprüche der im Art 80 Abs 1 bezeichneten Personen auf Besoldung, Wartegeld, Ruhegehalt, Witwen- und Waisengeld beschränken, sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Aufrechnung gegen solche Ansprüche abweichend von der Vorschrift des § 394 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zulassen.

394 A 1; Vorbem 2b vor 611.

Art 82

Unberührt bleiben die Vorschriften der Landesgesetze über die Verfassung solcher Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht.

Art 83

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Waldgenossenschaften.

Vorbem 5 vor 21; 741 A 4.

Art 84

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen eine Religionsgesellschaft oder eine geistliche Gesellschaft Rechtsfähigkeit nur im Wege der Gesetzgebung erlangen kann.

60 A 1; 61 A 3; 903 A 1.

Art 85

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen im Falle des § 45 Abs 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs das Vermögen des aufgelösten Vereins an Stelle des Fiskus einer Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes anfällt.

45 A 1; 46 A 2; 1922 A 3.

Art 86

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, soweit diese Vorschriften Gegenstände im Werte von mehr als fünftausend Mark betreffen. Wird die nach dem Landesgesetze zu einem Erwerbe von Todes wegen erforderliche Genehmigung erteilt, so gilt sie als vor dem Erbfall erteilt; wird sie verweigert, so gilt die juristische Person in Ansehung des Anfalls als nicht vorhanden; die Vorschrift des § 2043 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet entsprechende Anwendung.

Vorbem 2 vor 21; Vorbem vor 516; 903 A 1; 925 A 8; 937 A 4, Vorbem 2 vor 1922; 1922 A 8; 2043 A 2; 2109 A 5.

Art 87

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Wirksamkeit von Schenkungen an Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen von staatlicher Genehmigung abhängig machen.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen nur mit staatlicher Genehmigung von Todes wegen erwerben können. Die Vorschriften des Art 86 Satz 2 finden entsprechende Anwendung.

Mitglieder solcher religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen, bei denen Gelübde auf Lebenszeit oder auch unbestimmte Zeit nicht abgelegt werden, unterliegen nicht den in den Abs 1, 2 bezeichneten Vorschriften.

1 A 1; Vorbem 2 vor 21; Vorbem vor 516; 903 A 1; 925 A 3; 937 A 4; Vorbem 2 vor 1922; 1922 A 8; 2043 A 2.

Art 88

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer von staatlicher Genehmigung abhängig machen.

1 A 1; Vorbem 2 vor 21; 903 A 1 ; 925 A 3.

Art 89

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen, mit Einschluß der Vorschriften über die Entrichtung von Pfandgeld oder Ersatzgeld.

858 A 7; 1257 A 3.

Art 90

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Rechtsverhältnisse, welcher sich aus einer auf Grund des öffentlichen Rechtes wegen der Führung eines Amtes oder wegen eines Gewerbebetriebs erfolgten Sicherheitsleistung ergeben.

Art 91

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen der Fiskus eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes oder eine unter der Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehende Stiftung berechtigt ist, zur Sicherung gewisser Forderungen die Eintragung einer Hypothek an Grundstücken des Schuldners zu verlangen, und nach welchen die Eintragung der Hypothek auf Ersuchen einer bestimmten Behörde zu erfolgen hat. Die Hypothek kann nur als Sicherungshypothek eingetragen werden; sie entsteht mit der Eintragung.

873 A 1, 6; 892 A 4; Vorbem vor 1113.

Art 92.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind.

270 A 3.

Art 93

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Fristen, bis zu deren Ablaufe gemietete Räume bei Beendigung des Mietverhältnisses zu räumen sind.

Vorbem 6 vor 535; 556 A 1.

Art 94

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher und der Pfandleihanstalten betreffen.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen öffentlichen Pfandleihanstalten das Recht zusteht, die ihnen verpfändeten Sachen dem Berechtigten nur gegen Bezahlung des auf die Sache gewährten Darlehens herauszugeben.

994 A 1; 1207 A 4.

Art 95

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Gesinderecht angehören. Dies gilt insbesondere auch von den Vorschriften über die Schadensersatzpflicht desjenigen, welcher Gesinde zum widerrechtlichen Verlassen des Dienstes verleitet oder in Kenntnis eines noch bestehenden Gesindeverhältnisses in Dienst nimmt oder ein unrichtiges Dienstzeugnis erteilt.

Die Vorschriften der §§ 104 bis 115, 131, 278, 617 bis 619, 624, 831, des § 840 Abs 2 und des § 1358 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden Anwendung, die Vorschriften des § 617 jedoch nur insoweit, als die Landesgesetze dem Gesinde nicht weitergehende Ansprüche gewähren.

Ein Züchtigungsrecht steht dem Dienstberechtigten dem Gesinde gegenüber nicht zu.

7 A 1; 104 A 1; Vorbem 2a vor 611; 624 A 1; Vorbem 2 vor 652; Vorbem 3 vor 823; 823 A 10; 1357 A 3; 2237 A 1.

Art 96

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über einen mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Leibgedings-, Leibzuchts-, Altenteils- oder Auszugsvertrag, soweit sie das sich aus dem Vertrag ergebende Schuldverhältnis für den Fall regeln, daß nicht besondere Vereinbarungen getroffen werden.

759 A 4; 880 A 8; 1093 A 5; 1105 A 1.

Art 97

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Eintragung von Gläubigern des Bundesstaats in ein Staatsschuldbuch und die aus der Eintragung sich ergebenden Rechtsverhältnisse, insbesondere die Übertragung und Belastung einer Buchforderung, regeln.

Soweit nach diesen Vorschriften eine Ehefrau berechtigt ist, selbständig Anträge zu stellen, ist dieses Recht ausgeschlossen, wenn ein Vermerk zugunsten des Ehemanns ins Schuldbuch eingetragen ist. Ein solcher Vermerk ist einzutragen, wenn die Ehefrau oder mit ihrer Zustimmung der Ehemann die Eintragung beantragt. Die Ehefrau ist dem Ehemanne gegenüber zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet, wenn sie nach dem unter ihnen bestehenden Güterstand über die Buchforderung nur mit Zustimmung des Ehemanns verfügen kann.

1393 A 1; 1395 A 4; 1279 A 3; 2117 A 1.

Art 98

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Rückzahlung oder Umwandlung verzinslicher Staatsschulden, für die Inhaberpapiere ausgegeben oder die im Staatsschuldbuch eingetragen sind.

Vorbem 3 vor 793.

Art 99

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die öffentlichen Sparkassen, unbeschadet der Vorschriften des § 808 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Anlegung von Mündelgeld.

Vorbem 3 vor 793; 808 A 4.

Art 100

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die der Bundesstaat oder eine ihm angehörende Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes ausstellt:

1. die Gültigkeit der Unterzeichnung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängt, auch wenn eine solche Bestimmung in die Urkunde nicht aufgenommen ist;
2. der im § 804 Abs 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichnete Anspruch ausgeschlossen ist, auch wenn die Ausschließung in dem Zins- oder Rentenscheine nicht bestimmt ist.

Vorbem 3 vor 793; 793 A 4.

Art 101

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Bundesstaat oder ihm angehörende Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes abweichend von der Vorschrift des § 806 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs verpflichten, die von ihnen ausgestellten, auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen auf den Namen eines bestimmten Berechtigten umzuschreiben, sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die sich aus der Umschreibung einer solchen Schuldverschreibung ergebenden Rechtsverhältnisse, mit Einschluß der Kraftloserklärung, regeln.

Vorbem 3 vor 793; 806 A 2; 1393 A 1; 1815 A 1; 2117 A 1.

Art 102

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Kraftloserklärung und die Zahlungssperre in Ansehung der im § 807 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Urkunden.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche für die Kraftloserklärung der im § 808 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Urkunden ein anderes Verfahren als das Aufgebotsverfahren bestimmen.

Vorbem 3 vor 793; 799 A 5; 807 A 2; 808 A 4.

Art 103

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen der Staat sowie Verbände und Anstalten, die auf Grund des öffentlichen Rechtes zur Gewährung von Unterhalt verpflichtet sind, Ersatz der für den Unterhalt gemachten Aufwendungen von der Person, welcher sie den Unterhalt gewährt haben, sowie von denjenigen verlangen können, welche nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterhaltspflichtig waren.

Vorbem 6 vor 677; 812 A 11.

Art 104

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über den Anspruch auf Rückerstattung mit Unrecht erhobener öffentlicher Abgaben oder Kosten eines Verfahrens.

812 A 11.

Art 105

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen der Unternehmer eines Eisenbahnbetriebs oder eines anderen mit gemeiner Gefahr verbundenen Betriebs für den aus dem Betrieb entstehenden Schaden in weiterem Umfang als nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs verantwortlich ist.

Vorbem 3 vor 823.

Art 106

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen, wenn ein dem öffentlichen Gebrauche dienendes Grundstück zu einer Anlage oder zu einem Betriebe benutzt werden darf, der Unternehmer der Anlage oder des Betriebs für den Schaden verantwortlich ist, der bei dem öffentlichen Gebrauche des Grundstücks durch die Anlage oder den Betrieb verursacht wird.

Vorbem 3 vor 823.

Art 107

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Verpflichtung zum Ersatze des Schadens, der durch das Zuwiderhandeln gegen ein zum Schutze von Grundstücken erlassenes Strafgesetz verursacht wird.

Vorbem 3 vor 823.

Art 108

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Verpflichtung zum Ersatze des Schadens, der bei einer Zusammenrottung, einem Auflauf oder einem Aufruhr entsteht.

Vorbem 3 vor 823.

Art 109

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache, Beschränkung des Eigentums und Entziehung oder Beschränkung von Rechten. Auf die nach landesgesetzlicher Vorschrift wegen eines solchen Eingriffs zu gewährende Entschädigung finden die Vorschriften der Artt 52, 53 Anwendung, soweit nicht die Landesgesetze ein anderes bestimmen.

313 A 3; 873 A 1; 875 A 1; 883 A 2; 892 A 2; 903 A 3; 904 A 9: 905 A 1: 906 A 1, 18; 907 A 1; 925 A 1; 1018 A 1, 5; 1105 A 1; 1120 A 1; 1127 A 4.

Art 110

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche für den Fall, daß zerstörte Gebäude in anderer Lage wiederhergestellt werden, die Rechte an den beteiligten Grundstücken regeln.

1127 A 4.

Art 111

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken.

903 A 3; 905 A 1; 921 A 10.

Art 112

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Behandlung der einem Eisenbahn- oder Kleinbahnunternehmen gewidmeten Grundstücke und sonstiger Vermögensgegenstände als Einheit (Bahneinheit), über die Veräußerung und Belastung einer solchen Bahneinheit oder ihrer Bestandteile, insbesondere die Belastung im Falle der Ausstellung von Teilschuldverschreibungen

auf den Inhaber, und die sich dabei sich ergebenden Rechtsverhältnisse, sowie über die Liquidation zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger, denen ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den Bestandteilen der Bahneinheit zusteht.

Vorbem vor 873; 873 A 1; 890 A 1; 925 A 1; 1018 A 1; Vorbem vor 1113; 1114 A 3; 1147 A 2.

Art 113.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zusammenlegung von Grundstücken, über die Gemeinheitsteilung, die Regulierung der Wege, die Ordnung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse sowie über die Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Dienstbarkeiten und Reallasten. Dies gilt insbesondere auch von den Vorschriften, welche die durch ein Verfahren dieser Art begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten zum Gegenstande haben oder welche sich auf den Erwerb des Eigentums, auf die Begründung, Änderung und Aufhebung von anderen Rechten an Grundstücken und auf die Berichtigung des Grundbuchs beziehen.

741 A 4; 873 A 1; 875 A 1; 877 A 4; 882 A 1; 903 A 3; 912 A 13; 914 A 2; 917 A 15; 925 A 1; 1018 A 1, 5; 1021 A 5; 1090 A 1; 1105 A 1, 4; Vorbem vor 1113; 1114 A 3; 1120 A 1.

Art 114

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen die dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt infolge der Ordnung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse oder der Ablösung von Dienstbarkeiten, Reallasten oder der Oberlehnsherrlichkeit zustehenden Ablösungsrenten und sonstigen Reallasten zu ihrer Begründung und zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen.

892 A 2; 914 A 2; 917 A 15; 1018 A 1, 5; 1021 A 5; 1105 A 1, 5.

Art 115

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit gewissen Grunddienstbarkeiten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten oder mit Reallasten untersagen oder beschränken, sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Inhalt und das Maß solcher Rechte näher bestimmen.

903 A 3; 912 A 13; 914 A 2; 917 A 15; 1018 A 1, 5; 1020 A 6; 1021 A 5; 1076 A 1; 1090 A 1; 1105 A 1; 1111 A 2.

Art 116

Die in den Artikeln 113 bis 115 bezeichneten landesgesetzlichen Vorschriften finden keine Anwendung auf die nach den §§ 912, 916, 917 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu entrichtenden Geldrenten und auf die in den §§ 1021, 1022 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Unterhaltungspflichten.

903 A 3; 912 A 13; 914 A 2; 917 A 15; 1021 A 5; 1105 A 1.

Art 117

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks über eine bestimmte Wertgrenze hinaus untersagen.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit einer unkündbaren Hypothek oder Grundschuld untersagen oder die Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigentümers bei Hypothekenforderungen und Grundschulden zeitlich beschränken und bei Rentenschulden nur für eine kürzere als die im § 1202 Abs 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmte Zeit zulassen.

903 A 3; 1018 A 1; Vorbem vor 1113; 1117 A 8, 10; 1141 A 1; 1202 A 2.

Art 118

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche einer Geldrente, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, die dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt wegen eines zur Verbesserung des belasteten Grundstücks gewährten Darlehens zusteht, den Vorrang vor anderen Belastungen des Grundstücks einräumen. Zugunsten eines Dritten finden die Vorschriften der §§ 892, 893 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

879 A 3, 4; 883 A 2; 1018 A 1; 1105 A 1.

Art 119

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche

1. die Veräußerung eines Grundstücks beschränken;
2. die Teilung eines Grundstücks oder die getrennte Veräußerung von Grundstücken, die bisher zusammen bewirtschaftet worden sind, untersagen oder beschränken;
3. die nach § 890 Abs 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zulässige Vereinigung mehrerer Grundstücke oder die nach § 890 Abs 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zulässige Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen Grundstück untersagen oder beschränken.

135 A 5; 741 A 4; 749 A 6; 878 A 3; 890 A 1, 2; 903 A 3.

Art 120

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen im Falle der Veräußerung eines Teiles eines Grundstücks dieser Teil von den Belastungen des Grundstücks befreit wird, wenn von der zuständigen Behörde festgestellt wird, daß die Rechtsänderung für die Berechtigten unschädlich ist.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen unter der gleichen Voraussetzung:

1. im Falle der Teilung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks die Reallast auf die einzelnen Teile des Grundstücks verteilt wird;
2. im Falle der Aufhebung eines dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks an einem anderen Grundstücke zustehenden Rechtes die Zustimmung derjenigen nicht erforderlich ist, zu deren Gunsten das Grundstück des Berechtigten belastet ist.
3. in den Fällen des § 1128 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Art 52 dieses Gesetzes der dem Eigentümer zustehende Entschädigungsanspruch von dem einem Dritten an dem Anspruche zustehenden Rechte befreit wird.

741 A 4; 875 A 1; 876 A 5; 890 A 1; 914 A 6; 1018 A 1; 1090 A 1; 1108 A 5; 1109 A 5; Vorbem vor 1113; 1120 A 1; 1127 A 4.

Art 121

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen im Falle der Teilung eines für den Staat oder eine öffentliche Anstalt mit einer Reallast belasteten Grundstücks nur ein Teil des Grundstücks mit der Reallast belastet bleibt und dafür zugunsten des jeweiligen Eigentümers dieses Teiles die übrigen Teile mit gleichartigen Reallasten belastet werden.

741 A 4; 1108 A 5.

Art 122

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Rechte des Eigentümers eines Grundstücks in Ansehung der auf der Grenze oder auf

dem Nachbargrundstücke stehenden Obstbäume abweichend von den Vorschriften des § 910 und des § 923 Abs 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmen.

903 A 3; 910 A 2; 923 A 8.

Art 123

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Recht des Notwegs zum Zwecke der Verbindung eines Grundstücks mit einer Wasserstraße oder einer Eisenbahn gewähren.

903 A 3; 917 A 3.

Art 124

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn noch anderen als den im Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Beschränkungen unterwerfen. Dies gilt insbesondere auch von den Vorschriften, nach welchen Anlagen sowie Bäume und Sträucher nur in einem bestimmten Abstande von der Grenze gehalten werden dürfen.

873 A 6; 903 A 3; 906 A 1; 907 A 8, 9; 909 A 2; 910 A 2; 921 A 10.

Art 125

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Vorschrift des § 26 der Gewerbeordnung auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen erstrecken.

906 A 1, 18; 907 A 1; 1004 A 7.

Art 126

Durch Landesgesetz kann das dem Staate an einem Grundstücke zustehende Eigentum auf einen Kommunalverband und das einem Kommunalverband an einem Grundstücke zustehende Eigentum auf einen anderen Kommunalverband oder auf den Staat übertragen werden.

873 A 1, 2; 925 A 1, 2.

Art 127

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der Grundbuchordnung auch nach der Übertragung nicht eingetragen zu werden braucht.

Vorbem vor 873; 873 A 1; 883 A 9; 925 A 1; 927 A 1; 928 A 1.

Art 128

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Begründung und Aufhebung einer Dienstbarkeit an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der Grundbuchordnung nicht eingetragen zu werden braucht.

Vorbem vor 873; 1010 A 1; 1015 A 8; 1018 A 5; 1028 A 5; 1090 A 1.

Art 129

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen das Recht zur Aneignung eines nach § 928 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgegebenen Grundstücks an Stelle des Fiskus einer bestimmten anderen Person zusteht.

873 A 1; 928 A 6; 958 A 2.

Art 130

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das Recht zur Aneignung der einem andern gehörenden, im Freien betroffenen Tauben.

Art 131

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche für den Fall, daß jedem der Miteigentümer eines mit einem Gebäude versehenen Grundstücks die ausschließliche Benutzung eines Teiles des Gebäudes eingeräumt ist, das Gemeinschaftsverhältnis näher bestimmen, die Anwendung der §§ 749 bis 751 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausschließen und für den Fall des Konkurses über das Vermögen eines Miteigentümers dem Konkursverwalter das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, versagen.

741 A 4; 749 A 6; 903 A 2; 1010 A 1; 1014 A 1.

Art 132

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Kirchenbaulast und die Schulbaulast.

Vorbem vor 194; 1105 A 1.

Art 133

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das Recht zur Benutzung eines Platzes in einem dem öffentlichen Gottesdienste gewidmeten Gebäude oder auf einer öffentlichen Begräbnisstätte.

Vorbem vor 194; 1012 A 1; 1024 A 1; 1090 A 1.

Art 134

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder.

1631 A 1; 1666 A 2.

Art 135

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangserziehung Minderjähriger. Die Zwangserziehung ist jedoch, unbeschadet der Vorschriften der §§ 55, 56 des Strafgesetzbuchs nur zulässig, wenn sie von dem Vormundschaftsgericht angeordnet wird. Die Anordnung kann außer den Fällen der §§ 1666, 1838 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur erfolgen, wenn die Zwangserziehung zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens notwendig ist.

Die Landesgesetze können die Entscheidung darüber, ob der Minderjährige, dessen Zwangserziehung angeordnet ist, in einer Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt unterzubringen sei, einer Verwaltungsbehörde übertragen, wenn die Unterbringung auf öffentliche Kosten zu erfolgen hat.

823 A 10; Vorbem 5 vor 1616.

Art 136

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen

1. der Vorstand einer unter staatlicher Verwaltung oder Aufsicht stehenden Erziehungs- oder Verpflegungsanstalt oder ein Beamter alle oder einzelne Rechte und Pflichten eines Vormundes für diejenigen Minderjährigen hat, welche in der Anstalt oder unter der Aufsicht des Vorstandes oder des Beamten in einer von ihm ausgewählten Familie oder Anstalt erzogen oder verpflegt werden, und der Vorstand der Anstalt oder der Beamte auch nach der Beendigung der Erziehung oder der Verpflegung bis zur Volljährigkeit des Mündels diese Rechte und Pflichten behält, unbeschadet der Befugnis des Vormundschaftsgerichts, einen anderen Vormund zu bestellen;
2. die Vorschriften der Nr 1 bei unehelichen Minderjährigen auch dann gelten, wenn diese unter der Aufsicht des Vorstandes oder des Beamten in der mütterlichen Familie erzogen oder verpflegt werden;

3. der Vorstand einer unter staatlicher Verwaltung oder Aufsicht stehenden Erziehungs- oder Verpflegungsanstalt oder ein von ihm bezeichneter Angestellter der Anstalt oder ein Beamter vor den nach § 1776 des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Vormünder berufenen Personen zum Vormunde der in Nr 1, 2 bezeichneten Minderjährigen bestellt werden kann;
4. im Falle einer nach den Vorschriften der Nr 1 bis 3 stattfindenden Bevormundung ein Gegenvormund nicht zu bestellen ist und dem Vormunde die nach § 1852 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zulässigen Befreiungen zustehen.

1773 A 4; 1776 A 1; 1792 A 1; 1852 A 1; 1885 A 1.

Art 137

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Grundsätze, nach denen in den Fällen des § 1515 Abs 2, 3 und der §§ 2049, 2312 des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Ertragswert eines Landguts festzustellen ist.

Vorbem 2 vor 1922; 2049 A 2.

Art 138

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen im Falle des § 1936 des Bürgerlichen Gesetzbuchs an Stelle des Fiskus eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes gesetzlicher Erbe ist.

Vorbem 2 vor 1922; 1936 A 2, 2011 A 2.

Art 139

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus oder einer anderen juristischen Person in Ansehung des Nachlasses einer verpflegten oder unterstützten Person ein Erbrecht, ein Pflichtteilsanspruch oder ein Recht auf bestimmte Sachen zusteht.

Vorbem 2 vor 1922; 1936 A 2; 1939 A 5; 2011 A 2.

Art 140

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen das Nachlaßgericht auch unter anderen als den im § 1960 Abs 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Voraussetzungen die Anfertigung eines Nachlaßverzeichnisses sowie bis zu dessen Vollendung die erforderlichen Sicherungsmaßregeln, insbesondere die Anlegung von Siegeln, von Amts wegen anordnen kann oder soll.

1960 A 4.

Art 141

Die Landesgesetze können bestimmen, daß für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürfen, entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind.

128 A 3; 518 A 2; 873 A 14; 1434 A 2; 1491 A 7; 1501 A 8; 1516 A 4; Vorbem 2 vor 1922; 2033 A 4; 2231 A 2; 2232 A 1; 2276 A 1; 2291 A 3; 2296 A 3; 2348 A 1; 2356 A 4.

Art 142

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche in Ansehung der in dem Gebiete des Bundesstaats liegenden Grundstücke bestimmen, daß für die Beurkundung des im § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Vertrags sowie für die nach § 873 Abs 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Bindung der Beteiligten erforderliche Beurkundung der Erklärungen außer den Gerichten und Notaren auch andere Behörden und Beamte zuständig sind.

873 A 14.

Art 143

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche in Ansehung der in dem Gebiete des Bundesstaats liegenden Grundstücke bestimmen, daß die Einigung der Parteien in den Fällen der §§ 925, 1015 des Bürgerlichen Gesetzbuchs außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen es bei der Auflassung eines Grundstücks der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile nicht bedarf, wenn das Grundstück durch ein Gericht oder einen Notar versteigert worden ist und die Auflassung noch in dem Versteigerungstermine stattfindet.

873 A 14; 925 A 5, 10, 12, 13.

Art 144

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Hinterlegungsstellen. Die Landesgesetze können bestimmen, daß die Anlegung von Mündelgeld nach § 1808 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei den Hinterlegungsstellen des Bundesstaats nicht stattfindet.

233 A 1; 1077 A 1; 1082 A 2; 1808 A 2; 1814 A 2; 2116 A 1; 2119 A 1.

Art 145

Die Landesgesetze können über die Hinterlegung nähere Bestimmungen treffen, insbesondere den Nachweis der Empfangsberechtigung regeln und vorschreiben, daß die hinterlegten Gelder und Wertpapiere gegen die Verpflichtung zur Rückerstattung in das Eigentum des Fiskus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt übergehen, daß der Verkauf der hinterlegten Sachen von Amts wegen angeordnet werden kann, sowie daß der Anspruch auf Rückerstattung mit dem Ablauf einer gewissen Zeit oder unter sonstigen Voraussetzungen zugunsten des Fiskus oder der Hinterlegungsanstalt erlischt. In den Fällen des § 382, des § 1171 Abs 3 und des § 1269 Satz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs muß dem Hinterleger die Rücknahme des hinterlegten Betrags mindestens während eines Jahres von dem Zeitpunkt an gestattet werden, mit welchem das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt.

Von einer gerichtlichen Anordnung kann die Hinterlegung nicht abhängig gemacht werden.

380 A 1; 1077 A 1; 1082 A 2; 1814 A 2; 2116 A 1.

Art 146

Ist durch Landesgesetz bestimmt, daß die Hinterlegungsstellen auch andere Sachen als Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten anzunehmen haben, so finden auf Schuldverhältnisse, die auf Leistung derartiger Sachen gerichtet sind, die Vorschriften der §§ 372 bis 382 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

1818 A 3; 2039 A 3; 2116 A 1.

Art 147

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen für die dem Vormundschaftsgericht oder dem Nachlaßgericht obliegenden Verrichtungen andere als gerichtliche Behörden zuständig sind.

Sind durch Landesgesetz die Verrichtungen des Nachlaßgerichts einer anderen Behörde als einem Gericht übertragen, so ist für die Abnahme des im § 2006 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgeschriebenen Offenbarungseides das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke die Nachlaßbehörde ihren Sitz hat.

3 A 2; 1336 A 4; 1337 A 5; 1342 A 2; 1358 A 6; 1491 A 4; 1492 A 3; 1507 A 1; Vorbem 4 vor 1773; 1848 A 1; Vorbem 2 vor 1922; 1945 A 2; 1960 A 1; 2003 A 1; 2146 A 1; 2259 A 2; 2282 A 4; 2353 A 1.

Art 148

Die Landesgesetze können die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts zur Aufnahme des Inventars ausschließen.

Vorbem 2 vor 1922; 1960 A 4; 2002 A 4; 2003 A 1.

Art 149

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen der Richter an Stelle des Gerichtsschreibers oder der zwei Zeugen eine besonders dazu bestellte Urkundsperson zuziehen kann.

Auf die Urkundsperson finden die Vorschriften der §§ 2234 bis 2236 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

Vorbem 2 vor 1922; 2233 A 1; 2234 A 1.

Art 150

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen im Falle des § 2249 des Bürgerlichen Gesetzbuchs an Stelle des Vorstehers oder neben dem Vorsteher eine andere amtlich bestellte Person zuständig ist.

Vorbem 2 vor 1922; 2249 A 2.

Art 151

Durch die Vorschriften der §§ 2234 bis 2245, 2276 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Art 149 dieses Gesetzes werden die allgemeinen Vorschriften der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden nicht berührt. Ein Verstoß gegen eine solche Vorschrift ist, unbeschadet der Vorschriften über die Folgen des Mangels der sachlichen Zuständigkeit, ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Verfügung von Todes wegen.

Vorbem 2 vor 1922; 2237 A 1; 2240 A 1; 2241 A 1; 2276 A 1.

Art 152

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche für die nicht nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung zu erledigenden Rechtsstreitigkeiten die Vorgänge bestimmen, mit denen die nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs an die Klagerhebung und an die Rechtshängigkeit geknüpften Wirkungen eintreten. Soweit solche Vorschriften fehlen, finden die Vorschriften der Zivilprozeßordnung entsprechende Anwendung.

987 A 4.

Vierter Abschnitt

Übergangsvorschriften

Art 153

Wer zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat, aber für volljährig erklärt ist oder sonst die rechtliche Stellung eines Volljährigen erlangt hat, steht von dieser Zeit an einem Volljährigen gleich.

Vorbem 7 vor 1; 2 A 2; Vorbem 10 vor 104; 104 A 8; 106 A 1; Vorbem 7 vor 1773.

Art 154

Wer nach den französischen oder den badischen Gesetzen emanzipiert oder aus der Gewalt entlassen ist, steht von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an, wenn er zu dieser Zeit das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, einem Volljährigen, andernfalls einem Minderjährigen gleich.

Vorbem 7 vor 1; 104 A 8; 106 A 1; Vorbem 7 vor 1773.

Art 155

Wer zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, steht von dieser Zeit an einem nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs wegen Geisteskrankheit Entmündigten gleich.

Vorbem 7 vor 1; 6 A 7; 104 A 8; 114 A 4; Vorbem 7 vor 1773.

Art 156

Wer zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs wegen Verschwendung entmündigt ist, steht von dieser Zeit an einem nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs wegen Verschwendung Entmündigten gleich.

Dasselbe gilt von demjenigen, für welchen nach den französischen oder den badischen Gesetzen wegen Verschwendung die Bestellung eines Beistandes angeordnet ist.

Vorbem 7 vor 1; 6 A 7; 104 A 8; 114 A 4; Vorbem 7 vor 1773.

Art 157

Die Vorschriften der französischen und der badischen Gesetze über den erwählten Wohnsitz bleiben für Rechtsverhältnisse, die sich nach diesen Gesetzen bestimmen, in Kraft, sofern der Wohnsitz vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erwählt worden ist.

Art 158

Die Wirkungen einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgten Todeserklärung bestimmen sich nach den bisherigen Gesetzen, soweit sich nicht aus den Artt 159, 160 ein anderes ergibt.

13 A 3.

Art 159

Der Ehegatte einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs für tot erklärten Person kann nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine neue Ehe eingehen, auch wenn die Wiederverheiratung nach den bisherigen Gesetzen nicht zulässig sein würde. Die Vorschriften der §§ 1348 bis 1352 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

13 A 3; 1348 A 2.

Art 160

Soweit nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs infolge einer Todeserklärung die elterliche Gewalt des Verschollenen, die Vormundschaft, die Pflegschaft, sowie das Amt als Vormund, Gegenvormund, Pfleger, Beistand oder Mitglied eines Familienrats endigt, gelten diese Vorschriften von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an auch für eine vorher erfolgte Todeserklärung.

13 A 3.

Art 161

Ein zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs anhängiges Verfahren, das eine Todeserklärung, eine Verschollenheitserklärung oder die

Einweisung des mutmaßlichen Erben in den Besitz oder Genuß des Vermögens eines Verschollenen zum Gegenstande hat, ist nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen.

Ist vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Verschollenheitserklärung oder die vorläufige Einweisung des mutmaßlichen Erben in den Besitz oder Genuß des Vermögens eines Verschollenen erfolgt, so sind die bisherigen Gesetze auch für die Todeserklärung sowie für die endgültige Einweisung maßgebend.

Nach den bisherigen Gesetzen bestimmen sich auch die Wirkungen der nach Abs 1, 2 ergehenden Entscheidungen. Im Falle der Todeserklärung finden die Vorschriften der Artt 159, 160 Anwendung.

13 A 3.

Art 162

Soweit eine nach den bisherigen Gesetzen erfolgte oder nach Art 161 Abs 2 zulässige endgültige Einweisung des mutmaßlichen Erben in den Besitz oder Genuß des Vermögens des Verschollenen ohne Einfluß auf Rechtsverhältnisse ist, auf die sich die Wirkungen der Todeserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch erstrecken, ist nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Todeserklärung nach dessen Vorschriften zulässig; die Wirkungen beschränken sich auf diese Rechtsverhältnisse.

Art 163

Auf die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden juristischen Personen finden von dieser Zeit an die Vorschriften der §§ 25 bis 53, 85 bis 89 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung, soweit sich nicht aus den Artt 164 bis 166 ein anderes ergibt.

Vorbem 5 vor 21.

Art 164

In Kraft bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden Realgemeinden und ähnlichen Verbände, deren Mitglieder als solche zu Nutzungen an land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken, an Mühlen, Brauhäusern und ähnlichen Anlagen berechtigt sind. Es macht keinen Unterschied, ob die Realgemeinden oder sonstigen Verbände juristische Personen sind oder nicht und ob die Berechtigung der Mitglieder an Grundbesitz geknüpft ist oder nicht.

Vorbem 5 vor 21; 741 A 4; 1018 A 1.

Art 165

In Kraft bleiben die Vorschriften der bayerischen Gesetze, betreffend die privatrechtliche Stellung der Vereine sowie der Erwerbs- und Wirtschaftsgesellschaften vom 29. April 1869 in Ansehung derjenigen Vereine und registrierten Gesellschaften, welche auf Grund dieser Gesetze zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehen.

Vorbem 5 vor 21.

Art 166

In Kraft bleiben die Vorschriften des sächsischen Gesetzes vom 15. Juni 1868, betreffend die juristischen Personen, in Ansehung derjenigen Personenvereine, welche zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Genossenschaftsregister erlangt haben.

Vorbem 5 vor 21.

Art 167

In Kraft bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden landschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditanstalten betreffen.

Vorbem 5 vor 21; 96 A 1; Vorbem vor 1113; 1143 A 2; 1163 A 1.

Art 168

Eine zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende Verfügungsbeschränkung bleibt wirksam, unbeschadet der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.

135 A 5; 137 A 6; 892 A 11; 1094 A 5; 1115 A 4.

Art 169

Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung finden auf die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstandenen, noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. Der Beginn, sowie die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung bestimmen sich jedoch für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach den bisherigen Gesetzen.

Ist die Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche kürzer als nach den bisherigen Gesetzen, so wird die kürzere Frist von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an berechnet. Läuft jedoch die in den bisherigen Gesetzen bestimmte längere Frist früher als die im Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmte kürzere Frist ab, so ist die Verjährung mit dem Ablaufe der längeren Frist vollendet.

Vorbem vor 194; 852 A 7; 900 A 1; 937 A 1; Vorbem 4 vor 1030.

Art 170

Für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend.

Vorbem 7 vor 1; Vorbem 5 vor 21; 125 A 7; 186 A 3; 246 A 6; 254 A 8; 259 A 4; 313 A 6; 341 A 5; 343 A 5; 387 A 8; 398 A 4; 426 A 7; Vorbem 7 vor 535; 610 A 6; Vorbem 3 vor 631; Vorbem 2 vor 705; 741 A 4; 762 A 7; Vorbem 8 vor 823.

Art 171

Ein zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehendes Miet-, Pacht- oder Dienstverhältnis bestimmt sich, wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den ersten Termin erfolgt, für den sie nach den bisherigen Gesetzen zulässig ist, von diesem Termin an nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Vorbem 7 vor 1; Vorbem 7 vor 535.

Art 172

Wird eine Sache, die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs vermietet oder verpachtet war, nach dieser Zeit veräußert oder mit einem Rechte belastet, so hat der Mieter oder Pächter dem Erwerber der Sache oder des Rechtes gegenüber die im Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Rechte. Weitergehende Rechte des Mieters oder Pächters, die sich aus den bisherigen Gesetzen ergeben, bleiben unberührt, unbeschadet der Vorschrift des Art 171.

Vorbem 7b vor 535; 892 A 17.

Art 173

Auf eine zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende Gemeinschaft nach Bruchteilen finden von dieser Zeit an die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

741 A 4; 921 A 10; 1094 A 5; 2032 A 4.

Art 174

Von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches an gelten für die vorher ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber die Vorschriften der §§ 798 bis 800, 802, 804 und des § 806 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bei den auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen sowie bei Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen bleiben jedoch für die Kraftloserklärung und die Zahlungssperre die bisherigen Gesetze maßgebend.

Die Verjährung der Ansprüche aus den vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber bestimmt sich, unbeschadet der Vorschriften des § 802 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nach den bisherigen Gesetzen.

Vorbem 7 vor 1; Vorbem 3 vor 793; 798 A 1; 799 A 5; 801 A 3; 802 A 1; 803 A 3; 804 A 4.

Art 175

Für Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, die nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs für ein vor dieser Zeit ausgestelltes Inhaberpapier ausgegeben werden, sind die Gesetze maßgebend, welche für die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgegebenen Scheine gleicher Art gelten.

Vorbem 3 vor 793; 803 A 3; 804 A 4.

Art 176

Die Außerkurssetzung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber findet nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht mehr statt. Eine vorher erfolgte Außerkurssetzung verliert mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihre Wirkung.

Vorbem 3 vor 793; 799 A 5; 1809 A 1; 1814 A 1.

Art 177

Von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an gelten für vorher ausgegebene Urkunden der im § 808 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art, sofern der Schuldner nur gegen Aushändigung der Urkunde zur Leistung verpflichtet ist, die Vorschriften des § 808 Abs 2 Satz 2, 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Art 102 Abs 2 dieses Gesetzes.

Vorbem 7 vor 1; Vorbem 3 vor 793; 808 A 4.

Art 178

Ein zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs anhängiges Verfahren, das die Kraftloserklärung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder einer Urkunde der im § 808 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art oder die Zahlungssperre für ein solches Papier zum Gegenstande hat, ist nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen. Nach diesen Gesetzen bestimmen sich auch die Wirkungen des Verfahrens und der Entscheidung.

Vorbem 3 vor 793; 799 A 5; 808 A 4.

Art 179

Hat ein Anspruch aus einem Schuldverhältnisse nach den bisherigen Gesetzen durch Eintragung in ein öffentliches Buch Wirksamkeit gegen Dritte erlangt, so behält er diese Wirksamkeit auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Vorbem 3 vor 535.

Art 180

Auf ein zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehendes Besitzverhältnis finden von dieser Zeit an, unbeschadet des Art 191, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

Vorbem 7 vor 1; 854 A 6.

Art 181

Auf das zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende Eigentum finden von dieser Zeit an die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

Steht zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs das Eigentum an einer Sache mehreren nicht nach Bruchteilen zu oder ist zu dieser Zeit ein Sondereigentum an stehenden Erzeugnissen eines Grundstücks, insbesondere an Bäumen, begründet, so bleiben diese Rechte bestehen.

Vorbem 7 vor 1; 741 A 4; 891 A 1; 903 A 1; 906 A 20; 910 A 4; 912 A 1; 917 A 15; 921 A 10; 985 A 5; 1004 A 7; 1006 A 4; 1012 A 1; 1094 A 5.

Art 182

Das zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende Stockwerkseigentum bleibt bestehen. Das Rechtsverhältnis der Beteiligten untereinander bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen.

93 A 7; 741 A 4; 749 A 6; 752 A 2; 903 A 1; 1012 A 1; 1014 A 1; 1113 A 1.

Art 183

Zugunsten eines Grundstücks, das zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Wald bestanden ist, bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Rechte des Eigentümers eines Nachbargrundstücks in Ansehung der auf der Grenze oder auf dem Waldgrundstücke stehenden Bäume und Sträucher abweichend von den Vorschriften des § 910 und des § 923 Abs 2, 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmen, bis zur nächsten Verjüngung des Waldes in Kraft.

Vorbem 7 vor 1; 903 A 1; 910 A 2; 923 A 8.

Art 184

Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs belastet ist, bleiben mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen, soweit sich nicht aus den Artt 192 bis 195 ein anderes ergibt. Von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an gelten jedoch für ein Erbbaurecht die Vorschriften des § 1017, für eine Grunddienstbarkeit die Vorschriften der §§ 1020 bis 1028 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Vorbem 7 vor 1; 560 A 1; 873 A 6; 879 A 3, 4; 891 A 1; 892 A 7; 894 A 1; 900 A 1; 953 A 3; 1012 A 1; 1017 A 4; 1018 A 1, 5; 1020 A 6; 1021 A 5; 1023 A 8; 1025 A 6; 1026 A 3; 1027 A 4; 1028 A 5; Vorbem 4 vor 1030; 1090 A 1; 1094 A 5; 1105 A 1; 1110 A 1; Vorbem vor 1113; 1252 A 6.

Art 185

Ist zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Ersitzung des Eigentums oder Nießbrauchs an einer beweglichen Sache noch nicht vollendet, so finden auf die Ersitzung die Vorschriften des Art 169 entsprechende Anwendung.

937 A 1; Vorbem 4 vor 1030.

Art 186

Das Verfahren, in welchem die Anlegung der Grundbücher erfolgt, sowie der Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen ist, werden für jeden Bundesstaat durch landesherrliche Verordnung bestimmt.

Ist das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen, so ist die Anlegung auch für solche zu dem Bezirke gehörende Grundstücke, die noch kein Blatt im Grundbuche haben, als erfolgt anzusehen, soweit nicht bestimmte Grundstücke durch besondere Anordnung ausgenommen sind.

Vorbem vor 873; 891 A 1; 892 A 6; 900 A 1; 903 A 1; 925 A 1; 1120 A 1.

Art 187

Eine Grunddienstbarkeit, die zu der Zeit besteht, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bedarf zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung. Die Eintragung hat jedoch zu erfolgen, wenn sie von dem Berechtigten oder von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks verlangt wird; die Kosten sind von demjenigen zu tragen und vorzuschießen, welcher die Eintragung verlangt.

Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß die bestehenden Grunddienstbarkeiten oder einzelne Arten zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs bei der Anlegung des Grundbuchs oder später in das Grundbuch eingetragen werden müssen. Die Bestimmung kann auf einzelne Grundbuchbezirke beschränkt werden.

873 A 6; 879 A 3; 892 A 2; 894 A 1; 1018 A 1, 5; 1027 A 4; 1028 A 5; 1094 A 5.

Art 188

Durch landesherrliche Verordnung kann bestimmt werden, daß gesetzliche Pfandrechte, die zu der Zeit bestehen, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs während einer zehn Jahre nicht übersteigenden, von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an zu berechnenden Frist nicht der Eintragung bedürfen.

Durch landesherrliche Verordnung kann bestimmt werden, daß Mietrechte und Pachtrechte, welche zu der im Abs 1 bezeichneten Zeit als Rechte an einem Grundstücke bestehen, zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen.

Vorbem 3 vor 535; Vorbem vor 1113.

Art 189

Der Erwerb und Verlust des Eigentums sowie die Begründung, Übertragung, Belastung und Aufhebung eines anderen Rechtes an einem Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen Rechte erfolgen auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Das Gleiche gilt von der Änderung des Inhalts und des Ranges der Rechte. Ein nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs unzulässiges Recht kann nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht mehr begründet werden.

Ist zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, der Besitzer als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen, so finden auf eine zu dieser Zeit noch nicht vollendete, nach § 900 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zulässige Ersitzung die Vorschriften des Art 169 entsprechende Anwendung.

Die Aufhebung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke zu der Zeit belastet ist, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, erfolgt auch nach dieser Zeit nach den bisherigen Gesetzen, bis das Recht in das Grundbuch eingetragen wird.

560 A 1; Vorbem vor 873; 873 A 3, A 6; 880 A 2; 900 A 1; 903 A 1; 925 A 1, 11; 1012 A 1; 1018 A 1, 5; 1028 A 5; Vorbem 4 vor 1030; 1090 A 1; 1094 A 5; 1105 A 1; 1111 A 2; 1112 A 1; Vorbem vor 1113; 1113 A 1.

Art 190

Das nach § 928 Abs 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Fiskus zustehende Aneignungsrecht erstreckt sich auf alle Grundstücke, die zu der Zeit herrenlos sind, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Die Vorschrift des Art 129 findet entsprechende Anwendung.

928 A 6.

Art 191

Die bisherigen Gesetze über den Schutz im Besitz einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit finden auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung, bis das Grundbuch für das belastete Grundstück als angelegt anzusehen ist.

Von der Zeit an, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, finden zum Schutze der Ausübung einer Grunddienstbarkeit, mit welcher das Halten einer dauernden Anlage verbunden ist, die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung, solange Dienstbarkeiten dieser Art nach Art 128 oder Art 187 zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen. Das Gleiche gilt für Grunddienstbarkeiten anderer Art mit der Maßgabe, daß der Besitzschutz nur gewährt wird, wenn die Dienstbarkeit in jedem der drei letzten Jahre vor der Störung mindestens einmal ausgeübt worden ist.

854 A 6; 1018 A 1, 5; 1028 A 5; 1090 A 1, 7.

Art 192

Ein zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstücke bestehendes Pfandrecht gilt von dieser Zeit an als eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist. Ist der Betrag der Forderung, für die das Pfandrecht besteht, nicht bestimmt, so gilt das Pfandrecht als Sicherungshypothek.

Ist das Pfandrecht dahin beschränkt, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke nur im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann, so bleibt diese Beschränkung bestehen.

Vorbem 7 vor 1; 883 A 8; 891 A 1; Vorbem vor 1113; 1116 A 2; 1118 A 1; 1119 A 1; 1120 A 1; 1127 A 4; 1133 A 2; 1147 A 2; 1163 A 1; 1164 A 2; 1179 A 4; 1180 A 1.

Art 193

Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß ein Pfandrecht, welches nach Art 192 nicht als Sicherungshypothek gilt, als Sicherungshypothek oder als eine Hypothek gelten soll, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, und daß eine über das Pfandrecht erteilte Urkunde als Hypothekenbrief gelten soll.

891 A 1; Vorbem vor 1113; 1116 A 2.

Art 194

Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß ein Gläubiger, dessen Pfandrecht zu der im Art 192 bezeichneten Zeit besteht, die Löschung eines im Range

vorgehenden oder gleichstehenden Pfandrechts, falls dieses sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, in gleicher Weise zu verlangen berechtigt ist, wie wenn zur Sicherung des Rechtes auf Löschung eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen wäre.

891 A 1; Vorbem vor 1113; 1163 A 1; 1178 A 2; 1179 A 4.

Art 195

Eine zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bestehende Grundschuld gilt von dieser Zeit an als Grundschuld im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und eine über die Grundschuld erteilte Urkunde als Grundschuldbrief. Die Vorschrift des Art 192 Abs 2 findet entsprechende Anwendung.

Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß eine zu der im Abs 1 bezeichneten Zeit bestehende Grundschuld als eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, oder als Sicherungshypothek gelten soll und daß eine über die Grundschuld erteilte Urkunde als Hypothekenbrief gelten soll.

Vorbem 7 vor 1; 891 A 1; Vorbem vor 1113.

Art 196

Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß auf ein an einem Grundstücke bestehendes vererbliches und übertragbares Nutzungsrecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften und auf den Erwerb eines solchen Rechtes die für den Erwerb des Eigentums an einem Grundstücke geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung finden.

Vorbem 4 vor 873; 873 A 6. 7c; 925 A 1; 928 A 1; 1012 A 1; 1018 A 3; 1147 A 2; 1445 A 4; 1551 A 9; 2113 A 1.

Art 197

In Kraft bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen in Ansehung solcher Grundstücke, bezüglich deren zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein nicht unter den Art 63 fallendes bäuerliches Nutzungsrecht besteht, nach der Beendigung des Nutzungsrechts ein Recht gleicher Art neu begründet werden kann und der Gutsherr zu der Begründung verpflichtet ist.

903 A 1.

Art 198

Die Gültigkeit einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs beschlossenen Ehe bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen.

Eine nach den bisherigen Gesetzen nichtige oder ungültige Ehe ist als von Anfang an gültig anzusehen, wenn die Ehegatten zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch als Ehegatten miteinander leben und der Grund, auf dem die Nichtigkeit oder die Ungültigkeit beruht, nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit der Ehe nicht zur Folge haben oder diese Wirkung verloren haben würde. Die für die Anfechtung im Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmte Frist beginnt nicht vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Die nach den bisherigen Gesetzen erfolgte Ungültigkeitserklärung einer Ehe steht der Nichtigkeitserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche gleich.

Vorbem 7 vor 1; Vorbem 10 vor 104; 125 A 7; 1314 A 4; 1324 A 3; 1339 A 7.

Art 199

Die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander, insbesondere die gegenseitige Unterhaltspflicht, bestimmen sich auch für die zur Zeit

des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden Ehen nach dessen Vorschriften.

Vorbem 7 vor 1; 1581 A 2; Vorbem 4 vor 1601.

Art 200

Für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden Ehe bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend. Dies gilt insbesondere auch von den Vorschriften über die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes und von den Vorschriften der französischen und der badischen Gesetze über das Verfahren bei Vermögensabsonderungen unter Ehegatten.

Eine nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zulässige Regelung des Güterstandes kann durch Ehevertrag auch dann getroffen werden, wenn nach den bisherigen Gesetzen ein Ehevertrag unzulässig sein würde.

Soweit die Ehefrau nach den für den bisherigen Güterstand maßgebenden Gesetzen infolge des Güterstandes oder der Ehe in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bleibt diese Beschränkung in Kraft, solange der bisherige Güterstand besteht.

104 A 8; Vorbem 3 vor 1363; 1363 A 7; 1395 A 5; 1418 A 13; 1432 A 1; 1527 A 4; Vorbem 3 vor 1922; 1931 A 5; 1960 A 4.

Art 201

Die Scheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erfolgen von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an nach dessen Vorschriften.

Hat sich ein Ehegatte vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs einer Verfehlung der in den §§ 1565 bis 1568 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art schuldig gemacht, so kann auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur erkannt werden, wenn die Verfehlung auch nach den bisherigen Gesetzen ein Scheidungsgrund oder ein Trennungsgrund war.

Vorbem 7 vor 1; 1564 A 6; 1581 A 2.

Art 202

Für die Wirkungen einer beständigen oder zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett, auf welche vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erkannt worden ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend. Dies gilt insbesondere auch von den Vorschriften, nach denen eine bis zu dem Tode eines der Ehegatten fortbestehende Trennung in allen oder einzelnen Beziehungen der Auflösung der Ehe gleichsteht.

1564 A 6.

Art 203

Das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geborenen ehelichen Kinde bestimmt sich von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an nach dessen Vorschriften. Dies gilt insbesondere auch in Ansehung des Vermögens, welches das Kind vorher erworben hat.

Vorbem 7 vor 1616; Vorbem 3 vor 1741.

Art 204

Ist der Vater oder die Mutter zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Sorge für die Person oder für das Vermögen des Kindes durch eine Anordnung der zuständigen Behörde beschränkt, so bleibt die Beschränkung in Kraft. Das Vormundschaftsgericht kann die Anordnung nach § 1671 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufheben.

Ist dem Vater oder der Mutter die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes durch Anordnung der zuständigen Behörde entzogen, so hat das Vormundschaftsgericht die Anordnung auf Antrag aufzuheben, es sei denn, daß die Entziehung der Nutznießung nach § 1666 Abs 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gerechtfertigt ist.

Vorbem 7 vor 1616.

Art 205

Hat der Vater vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf Grund der bisherigen Gesetze die Mutter von der Vormundschaft über das Kind ausgeschlossen oder der Mutter einen Beistand zugeordnet, so gilt die Anordnung des Vaters von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an als Anordnung der Bestellung eines Beistandes für die Mutter im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Vorbem 7 vor 1616.

Art 206

Ist auf Grund der bisherigen Gesetze eine Ehe geschieden oder infolge der Todeserklärung eines der Ehegatten aufgelöst oder ist auf Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett erkannt worden, so bestimmen sich das Recht und die Pflicht der Eltern, für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen, nach den bisherigen Gesetzen; die Vorschriften des § 1635 Abs 1 Satz 2, Abs 2 und des § 1636 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden jedoch Anwendung.

1581 A 2; Vorbem 7 vor 1616.

Art 207

Inwieweit die Kinder aus einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschlossenen nichtigen oder ungültigen Ehe als eheliche Kinder anzusehen sind und inwieweit der Vater und die Mutter die Pflichten und Rechte ehelicher Eltern haben, bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen.

Art 208

Die rechtliche Stellung eines vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geborenen unehelichen Kindes bestimmt sich von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an nach dessen Vorschriften; für die Erforschung der Vaterschaft, für das Recht des Kindes, den Familiennamen des Vaters zu führen, sowie für die Unterhaltspflicht des Vaters bleiben jedoch die bisherigen Gesetze maßgebend.

Inwieweit einem vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs außerehelich erzeugten Kinde aus einem besonderen Grunde, insbesondere wegen Erzeugung im Brautstande, die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes zukommt und inwieweit der Vater und die Mutter eines solchen Kindes die Pflichten und Rechte ehelicher Eltern haben, bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen.

Die Vorschriften des Abs 1 gelten auch für ein nach den französischen oder den badischen Gesetzen anerkanntes Kind.

Vorbem 3 vor 1705; 1924 A 2.

Art 209

Inwieweit ein vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs legitimiertes oder an Kindes Statt angenommenes Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes hat und inwieweit der Vater und die Mutter die Pflichten und Rechte ehelicher Eltern haben, bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen.

Vorbem 7 vor 1; Vorbem 3 vor 1705; Vorbem 3 vor 1741.

Art 210

Auf eine zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende Vormundschaft oder Pflegschaft finden von dieser Zeit an die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung. Ist die Vormundschaft wegen eines körperlichen Gebrechens angeordnet, so gilt sie als eine nach § 1910 Abs 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs angeordnete Pflegschaft. Ist die Vormundschaft wegen Geistesschwäche angeordnet, ohne daß eine Entmündigung erfolgt ist, so gilt sie als eine nach § 1910 Abs 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die Vermögensangelegenheiten des Geistesschwachen angeordnete Pflegschaft.

Die bisherigen Vormünder und Pfleger bleiben im Amte. Das Gleiche gilt im Geltungsbereiche der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 für den Familienrat und dessen Mitglieder. Ein Gegenvormund ist zu entlassen, wenn nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Gegenvormund nicht zu bestellen sein würde.

Vorbem 7 vor 1; Vorbem 7 vor 1773.

Art 211

Die nach den französischen oder den badischen Gesetzen für einen Geistesschwachen angeordnete Bestellung eines Beistandes verliert mit dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihre Wirkung.

Vorbem 7 vor 1773.

Art 212

In Kraft bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen gewisse Wertpapiere zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt sind.

Vorbem 7 vor 1773; 1807 A 1; 2119 A 1.

Art 213

Für die erbrechtlichen Verhältnisse bleiben, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben ist, die bisherigen Gesetze maßgebend. Dies gilt insbesondere auch von den Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren.

Vorbem 7 vor 1; Vorbem 10 vor 104; Vorbem 3 vor 1922; 1931 A 5; 2032 A 4; 2057 A 2; 2079 A 3; 2084 A 1; 2259 A 6; 2260 A 4; 2269 A 3; 2271 A 6; 2325 A 7; Vorbem vor 2339; Vorbem vor 2353.

Art 214

Die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgte Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen wird nach den bisherigen Gesetzen beurteilt, auch wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs stirbt.

Das Gleiche gilt für die Bindung des Erblassers bei einem Erbvertrag oder einem gemeinschaftlichen Testamente, sofern der Erbvertrag oder das Testament vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs errichtet worden ist.

125 A 7; Vorbem 3 vor 1922; Vorbem vor 2229; 2253 A 1; 2269 A 3; 2271 A 6; 2286 A 1; 2289 A 1; 2325 A 7.

Art 215

Wer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Fähigkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen erlangt und eine solche Verfügung errichtet hat, behält die Fähigkeit, auch wenn er das nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch erforderliche Alter noch nicht erreicht hat.

Die Vorschriften des § 2230 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden auf ein Testament Anwendung, das ein nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorbener Erblasser vor diesem Zeitpunkt errichtet hat.

Vorbem 10 vor 104; 104 A 8; Vorbem 3 vor 1922; Vorbem vor 2229; 2230 A 2.

Art 216

Die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen Mitglieder gewisser ritterschaftlicher Familien bei der Ordnung der Erbfolge in ihren Nachlaß durch das Pflichtteilsrecht nicht beschränkt sind, bleiben in Ansehung derjenigen Familien in Kraft, welchen dieses Recht zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs zusteht.

Vorbem 3 vor 1922.

Art 217

Die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgte Errichtung eines Erbverzichtvertrags sowie die Wirkungen eines solchen Vertrags bestimmen sich nach den bisherigen Gesetzen.

Das Gleiche gilt von einem vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschlossenen Vertrage, durch den ein Erbverzichtsvertrag aufgehoben worden ist.

Vorbem 3 vor 1922; Vorbem vor 2346.

Art 218

Soweit nach den Vorschriften dieses Abschnitts die bisherigen Landesgesetze maßgebend bleiben, können sie nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch Landesgesetz auch geändert werden.

7 A 1; 1094 A 3; 1105 A 1; Vorbem 3 vor 1363.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Neues Palais, den 18. August 1896.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst zu Hohenlohe.


Uniwersytetu Gdańskiego BIBLIOTEKA

Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bedeuten die Paragraphen des BGB.
A = Anmerkung. Vorbem = Vorbemerkung. EG = Einführungsgesetz.

C.

(Vergleiche K.)

D.

E.

F.

G.

L.

M.

N.

Q.

R.

S.

T.

V.

W.


Uniwersytetu Gdańskiego BIBLIOTEKA


Instytut Prawa Cywilnego i Karnego Biblioteka U. G.

SKARBIEC
BIBLIOTEKA UNIWERSYTECKA GDAŃSK
PA 27221
6XX
2

BIBLIOTEKA UNIWERSYTECKA GDAŃSK
P.7.10.9